

Fehlen des Unrechtsbewußtseins bei
verantwortungsreifen Jugendlichen
als Schuldausschließungs- bzw.
Schuldminderungsgrund im
deutschen Strafrecht

Joachim Gilleßen

1961

Fehlen des Unrechtsbewußtseins
bei verantwortungsreifen Jugendlichen
als Schuldausschließungs- bzw. Schuld minderungsgrund
im deutschen Strafrecht

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von

Joachim Gilleßen

Rechtsreferendar in München

1961



Referent: Professor Dr. iur., Dr. med. h.c. Karl E n g i s c h

Kerreferent: Professor Dr. iur. Reinhart M a u r a c h

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1961

Meinen lieben Eltern





Digitized by the Internet Archive
in 2026



Inhaltsverzeichnis:

I.) Einleitende Gedanken zum Thema.	1
1.) Die rechtsdogmatische Bedeutung des Problems.	2
2.) Die praktische Bedeutung des Problems.	2
3.) Hinweise auf Darstellungsbasis und Darstellungsfolge.	3
II.) Die historische Entwicklung bis zum heutigen Problemstand.	7
A.) Die geschichtliche Entwicklung der Berücksichtigung des jugendlichen Alters im Strafrecht mit besonderer Blickrichtung auf die Verantwortlichkeit des Jugendlichen.	7
1.) Aristoteles	7
2.) Vom XII-Tafel-Gesetz bis zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871.	8
3.) Die neuere Entwicklung bis zu § 3 des Jugendgerichtsgesetzes von 1953.	19
B.) Historischer Überblick über das strafrechtliche Irrtumsproblem.	22
1.) Die Behandlung des Fehlens des Unrechtsbewußtseins (Verbotsirrtum) in Schrifttum und Praxis vor der Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1952	22
a) Von Kleinschrod und Feuerbach bis zum Reichsgericht.	22
b) Von Binding und Frank bis zum Bundesgerichtshof.	30
aa) Die verschiedenen Irrtumstheorien in der Lehre.	31
1) Strenge Vorsatztheorie.	33
2) Eingeschränkte Vorsatztheorie	34
3) Strenge Schuldtheorie	35
4) Eingeschränkte Schuldtheorie.	36
5) Außenseiter	37

bb) Der Niederschlag der Theorien in Entwürfen, Gesetzen und der Recht- sprechung vor dem Plenarbeschluß des BGH vom 18.3.1952.	38
2.) Der Beschluß des BGH vom 18.3.1952.	42
3.) Die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung seit 1952.	47
4.) Die Behandlung des Verbotsirrtums im Entwurf für ein neues Strafgesetzbuch vom Jahre 1960. . . .	50

III.) Das Verhältnis der Verantwortungsreife im Sinne des § 3 JGG zu den neuen Erkenntnissen des Bundesgerichts- hofs zum Verbotsirrtum.	53
1.) Der Gehalt des § 3 JGG.	53
a) Die Voraussetzungen der Verantwortungs- fähigkeit.	53
b) Das Verhältnis des § 3 JGG zu den §§ 51, 55 StGB.	55
2.) Die denkbaren Fälle des gleichzeitigen Vorliegens von Verantwortungsreife (§ 3 JGG) und Verbotsirrtum und die im Schrifttum vertretenen Auffassungen zu dem problematischen Fall.	58
a) Die unproblematischen Fälle.	58
b) Der problematische Fall des Zusammenstoßens von Altersreife und Verbotsirrtum.	60
c) Die im Schrifttum vertretenen Meinungen zu dem problematischen Fall.	60
3.) Mit Feststellung der Reife des Jugendlichen ist <u>nicht</u> bereits gleichzeitig geklärt, daß bei Aus- führung der Tat auch das Bewußtsein der Rechts- widrigkeit vorgelegen hat. Der Verbotsirrtum ist <u>nicht</u> bereits in § 3 JGG erfaßt. Eine Analogie zu dieser Bestimmung ist <u>nicht</u> möglich. 63	
a) Die Gemeinsamkeiten von Verantwortungsreife und Unrechtsbewußtsein.	64
b) Die Unterschiede zwischen der Verantwortungs- reife (§ 3 JGG) und dem Bewußtsein der Rechts- widrigkeit in rechtsdogmatischer Hinsicht. . .	67

c) Die praktischen Rechtsfolgen der unterschiedlichen Institute.	79
d) Eine Analogie für den Verbotsirrtum bei jugendlichen Tätern ist weder aus § 3 JGG noch aus den §§ 51, 55 StGB möglich.	82
IV.) Die Anwendbarkeit und Brauchbarkeit der neuen Erkenntnisse des Bundesgerichtshofs zum Verbotsirrtum bei jugendlichen Tätern.	87
1.) Auch bei jugendlichen Tätern kann ein Verbotsirrtum sowohl verschuldet als auch unverschuldet sein.	87
a) Einige praktische Beispiele.	87
b) Die Gründe für die Erforderlichkeit der Unterscheidung zwischen unverschuldetem und verschuldetem Verbotsirrtum auch bei Jugendlichen.	89
2.) Die vom Bundesgerichtshof entwickelten Gesichtspunkte und Kriterien für das Vorliegen des potentiellen Unrechtsbewußtseins beim Verbotsirrtum sind auch auf den jugendlichen Täter anwendbar.	94
a) Das maßgebende Kriterium neben dem im jugendstrafrechtlichen Sinne ausfüllungsfähigen Begriff der Gewissensanspannung ist das Erfordernis der <u>Zumutbarkeit</u> dieser Rechtspflicht im Einzelfalle.	95
b) Die Anforderungen an die Gewissensanspannung unterscheiden sich bei Jugendlichen und Erwachsenen nicht der Art, wohl aber dem Grade nach.	98
3.) Die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze über die Strafmilderung beim verschuldeten Verbotsirrtum haben im Jugendstrafrecht keine wesentliche praktische Bedeutung. Der feste Milderungsschlüssel des § 44 StGB ist bei Jugendlichen unanwendbar.	100
4.) Bei Jugendlichen ist grundsätzlich in jedem einzelnen Falle das Vorliegen des Unrechtsbewußtseins zu prüfen, nicht nur dann, wenn ein konkreter Anlaß dazu besteht.	102
V.) Zusammenfassung des Ergebnisses der Arbeit.	104

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s :

- A r i s t o t e l e s : "Nikomachische Ethik", Kröner-
Ausgabe, 2. Auflage 1938
- A r n d t , Adolf: "Gedanken zum Problem des Straf-
rechtsirrtums", NJW 49, 291ff
- Becker - Mantler -
Scheunemann - Vins: "Jugendgericht und Jugendgerichts-
hilfe. Leitfaden zum JGG, 1955
- B e l i n g , Ernst: "Unschuld, Schuld und Schuld-
stufen", 1910
- B e r g e r , Adalbert: "Jugendschutz und Jugendbesserung",
Leipzig 1897
- B e y e r l e i n ,
Herbert Friedrich: "Die irrtümliche Annahme von Un-
rechts- und Schuldausschließungs-
gründen im Strafrecht und ihr Ver-
hältnis zum Unrechtsbewußtsein",
Münchener Dissertation 1953
- B i n d i n g , Karl: "Die Normen und ihre Übertretung",
Bd.I, 4. Aufl. 1922
Bd.II, 2. Aufl. 1914 - 16
Bd.III, 1918
Bd.IV, 1919
- B i n d o k a t ,
Heinz: "Kritisches zum Verbotsirrtum",
JZ 53, 71ff
- "Irrungen und Wirrungen in der
Rechtsprechung über den Verbots-
irrtum", JZ 53, 748ff
- B l a u , Günther: "Die Bedeutung der 'Tat' im
Jugendstrafrecht", MDR 58, 731ff
- B l e i , Hermann: "Der Tatbestandsbegriff des § 59
StGB und der Irrtum über einen
Rechtfertigungsgrund", Münchener
Dissertation 1956
- B o c k e l m a n n ,
Paul: Anmerkung zu OGHBrZ Köln v. 4.4.1950
NJW 50, 830
- B ö r k e r , Rudolf: "Der Verbotsirrtum im deutschen
Strafrecht in der Zeit vom preus-
sischen Allgemeinen Landrecht bis

- zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", JR 52,193ff
- B o l d t , Gottfried:** "Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat", ZStrW 68,335ff
- B r a u n e c k , Anne-Eva:** "Der strafrechtliche Schuld-begriff", GA 59,261ff
- B r o d b e c k , Rolf:** "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Jugendlichen", Tübinger Dissertation 1953
- B r u c k , Felix:** "Zur Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit", 1878
- "Bundesrecht, Das Deutsche":** "Sammlung der Gesetze und Verordnungen der Deutschen Bundesrepublik mit Erläuterungen und einem Überblick über das Landesrecht. Fortsetzungswerk in Loseblattform".
- B u s c h , Richard:** "Moderne Wandlungen in der Verbrechenslehre", Recht und Staat 137, Tübingen 1949
- Besprechung von Maurach: "Schuld und Verantwortung im Strafrecht" 1948, DRZ 49,215
- "Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum", Mezger-Festschrift 1954 S. 165
- B u s e , F.:** "Das Unrechtsbewußtsein im strafrechtlichen Schuld-begriff", NJW 49,527ff
- C ü p p e r s , Joseph:** "Gedanken zum Problem des Strafrechtsirrtums", NJW 49,4; 49,291
- D a h m , Georg:** "Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter" in: Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Heft 3, Berlin und Leipzig 1931, herausgeg. von Max Grünhut und Eberhard Schmidt.
- Dalcke - Fuhrmann - Schäfer:** "Strafrecht und Strafverfahren", 37. Auflage 1961

- Dallinger - Lackner: Kommentar zum "Jugendgerichts-
gesetz mit den ergänzenden Rechts-
und Verwaltungsvorschriften des
Bundes und der Länder", 1955
- zu D o h n a , Graf: "Die Elemente des Schuldbegriffs",
GS 65,304ff
- "Die Rechtswidrigkeit", 1905
- "Recht und Irrtum, zwei Kernprobleme
der Verbrechenslehre", 1925
- D r e h e r , Eduard: "Verbotsirrtum und § 51 StGB",
GA 57,97ff
- Schwarz - D r e h e r : "Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen
und Verordnungen", 23. Aufl. 1961
- D r o s t : "Der Rechtsirrtum in dem neuen Wirt-
schaftsstrafrecht", NJW.49,739
- E b i s c h : Kommentar zum WiStrG 1959
- E n g i s c h , Karl: "Untersuchungen über Vorsatz und
Fahrlässigkeit im Strafrecht", 1930
- "Der finale Handlungsbegriff", Kohl-
rausch-Festschrift "Probleme der
Strafrechtserneuerung", 1944 S.141ff
- "Neues Studienmaterial", SJZ 49,734f
- Besprechung von Welzel: "Das Deutsche
Strafrecht in seinen Grundzügen",
1947, DRZ 49,214f
- "Bietet die Entwicklung der dogma-
tischen Strafrechtswissenschaft seit
1930 Veranlassung, in der Reform des
Allg. Teils des Strafrechts neue Wege
zu gehen?", ZStrW 66,339ff
- "Die normativen Tatbestandselemente
im Strafrecht", Mezger-Festschrift
1954, S.127 und S.161ff
- "Bemerkungen zu Theodor Rittlers
Kritik der Lehre von den subjektiven
Tatbestands- und Unrechtselementen",
Rittler-Festschrift, 1957, S.165ff
- "Einführung in das juristische
Denken", 2. Auflage 1959

- H e i t z e r :** "Ist der putative Rechtfertigungs-
grund als Verbotsirrtum zu behan-
deln?" NJW 53,210f
- H e n k e l , Heinrich:** "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als
regulatives Rechtsprinzip", Mezger-
Festschrift 1954, S.249ff
- v. H i p p e l , Robert:** "Das Bewußtsein der Rechtswidrig-
keit. Ein Vortrag", 1924
- "Deutsches Strafrecht", Bd.I 1925,
Bd.II 1930
- H i r s c h , H. J.:** "Die Lehre von den negativen Tatbe-
standsmerkmalen", Bonner Diss. 1957
- H o l z s c h u h , Karl:** "Geschichte des Jugendstrafrechts bis
zum Ende des 19. Jahrhunderts (unter
bes. Berücksichtigung der deutschen
Entwicklung)", Mainzer Diss. 1957
- J a g u s c h :** "Strafrechtliches Schrifttum",
SJZ 50,75
- in: "Leipziger Kommentar", 8. Aufl.
1957, 1. Band (§ 3 JGG)
- J e s c h e c k ,
Hans-Heinrich:** "Das Menschenbild unserer Zeit und die
Strafrechtsreform", Recht und Staat 1957
- K a u f m a n n , Armin:** "Lebendiges und Totes in Bindings
Normentheorie", 1954 S.189ff
- "Tatbestandseinschränkung und Recht-
fertigung", JZ 55,37
- K a u f m a n n , Arthur:** "Zur Lehre von den negativen Tatbe-
standsmerkmalen", JZ 54,653ff
- "Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und
Irrtum", JZ 56,353 und 393ff
- K i e s o w , Wilhelm:** "Jugendgerichts-Gesetz vom 16. Februar
1923", 1923
- K l e i n s c h r o d ,
Gallus Aloys:** "Grundbegriffe und Grundwahrheiten der
peinlichen Rechts", Bd. I, 1799
- K ö h l e r , Gerold:** "Gewissensirrtum und beachtlicher Ver-
botsirrtum. Unter bes. Berücksichtigung
der Rechtsprechung des BGH", Kieler
Dissertation 1956

- G e i s l e r , Heinz: "Die Irrtumslehre in der Rechtsprechung und im Schrifttum seit BGH 2, 194", Mainzer Dissertation 1958
- G o l d s c h m i d t , James: "Der Notstand, ein Schuldproblem", 1913
- G r e t h l e i n , Gerhard: Kommentar "Jugendgerichtsgesetz", Berlin 1959
- G ü r t n e r , Franz: "Das kommende deutsche Strafrecht. Allg. Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission", 2. Auflage, Berlin 1935
- H a c h , Johann Friedrich: "Das alte Lübbische Recht", 1839
- H a l l , Karl Alfred: "Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda", Mezger-Festschrift 1954 S.229ff
- H a r d w i g , Werner: "Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum", GA 56,369ff
- "Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts", Hamburg 1957
- H a r t u n g , Fritz: "Der Rechtsirrtum in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Unrechtsbewußtsein", DRZ 49,342ff
- "Um die Behandlung des Verbotsirrtums im Strafrecht", JR 50,545f
- Besprechung von Maurach: "Schuld und Verantwortung im Strafrecht" 1948, NJW 50,300f
- "Irrtum über 'negative Tatumstände'." NJW 51,209ff
- "Noch einmal: Irrtum über 'negative Tatumstände'." NJW 51,390
- "Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Frage des Verbotsirrtums", NJW 52,761ff
- "Zweifelsfragen des Verbotsirrtums", JZ 55,663ff

- E n g i s c h , Karl:** "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen", ZStrW 70, 566ff
"Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht", Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, 1960 S.401ff
"E n t w u r f eines Strafgesetzbuches mit Begründung" Bundestagsdrucksache 2150 vom 3.11.1960
E r b s - Kohlhaas - Lorz - Mayr - Potrykus - Zipfel: Kommentar "Strafrechtliche Nebengesetze".
F e h r , Hans: "Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern", Jena 1912
H o l d v o n F e r n e c k , Freiherr: "Die Idee der Schuld. Eine strafrechtliche Studie", Leipzig 1911
F e u e r b a c h , Paul Anselm: "Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts", I. Band 1799, II. Band 1800
-- "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts", 1801
F o r g e r , Jürg: "Unrechtsbewußtsein, Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, Rechtsirrtum (Ein Beitrag zur Schuldlehre des Strafrechts)", 1958
F r a n k , Reinhard: "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", Festschrift für die jur. Fakultät in Gießen, 1907 S.521ff
-- "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz", Kommentar, 18. Auflage 1931
F r e u d e n t h a l , Berthold: "Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919", 1922
F u k u d a , Taira: "Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe", JZ 58, 143ff

- K o h l e r - S c h e e l :** "Die Bambergische Halsgerichtsordnung", 1904
- K o h l r a u s c h ,**
Eduard: "Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung", Sonderabdruck aus der Festgabe für Dr. Karl Güterbock. 1910
- K o r b m a c h e r , G.:** "Zur Auseinandersetzung um die Verbotsirrtumsentscheidung des BGH", NJW 53,931f
- K r a u s h a a r ,**
Reinhold: "Das Gewissen im Strafrecht und die Konsequenzen für die Begriffe der Rechtsnorm und der Rechtswidrigkeit sowie die Regelung des Verbotsirrtums", GA 59,325ff
- K r a u t , Max:** "Die Willensfähigkeit als Voraussetzung strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Jugendlichen", Tübinger Dissertation 1953
- K r e u t z e r , Paul:** "Zum Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale", NJW 55,1307
- K s o l l , Eberhard:** "Der strafrechtliche Irrtum in der Rechtslehre, der Rechtsprechung des RG und des BGH", StUP 56,75ff; StUP 56,103ff; StUP 56,131ff
- K ü c h e n h o f f ,**
Günther: "Individueller Normenirrtum? - Höchstens genereller Normenirrtum als strafrechtlicher Entschuldigungsgrund!" Rittler-Festschrift 1957 S.195ff
- K ü m m e r l e i n ,**
Heinz: "Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6.11. 1943, Textausgabe mit kurzen Erläuterungen", 1944
- L a n g , Dietrich**
(jetzt Lang-Hinrichsen): "Zur Frage des Unrechtsbewußtseins", ZStrW 63,332ff
- L a n g - H i n r i c h s e n ,**
Dietrich: "Tatbestandslehre und Verbotsirrtum"
1.Teil: JR 52,302ff; 2.Teil: JR 52,356ff
- "Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum", JR 52,184ff
- "Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des LGH. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verbotsirrtum", JZ 53,362ff

- L a n g e , Otto : "Von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Jugendlichen", SJZ 49,397ff
- "Die neuere Rechtsprechung auf dem Gebiete des Jugendstrafrechts und Jugendstrafverfahrens", MDR 49,466f
- L a n g e , Richard: "Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung. Zugleich ein Beitrag zur Tatbestands- und zur Irrtumslehre sowie zum ärztlichen Beruferecht", JZ 53,9ff
- Kohlrausch - L a n g e , Richard: "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen", 42. Auflage 1959
- L i n d n e r , Karl-Heinz: "Zur Rechtsprechung über den Strafrechtsirrtum", NJW 52,854ff
- v. L i s s t , Franz: "Kriminalpolitische Aufgaben", ZStrW 12, 161ff
- L o e n i n g , Richard: "Die Zurechnungslehre des Aristoteles", Jena 1903
- M a r m u l l a , Horst: "Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund", Bonner Dissertation 1951
- M a u r a c h , Reinhart: "Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, Ein Lehrbuch", Karlsruhe 1958 (2. Aufl.)
- M a y e r , Hellmuth: "Der BGH über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit", MDR 52,392ff
- "Lehrbuch des Allg. Teils des Strafrechts", 1953
- M e r k e l , Adolf: "Lehrbuch des deutschen Strafrechts", 1889
- M e z g e r , Edmund: "Rechtsirrtum und Rechtsblindheit", Kohlrausch-Festschrift 1944 S. 180ff
- "Zum neuen Jugendstrafrecht ", 1944
- "Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Aufl. 1949", 1950
- "Unrechtsbewußtsein im Strafrecht", NJW 51,500
- "Fiktion und Analogie beim sog. Verbotsirrtum", NJW 51,869f

- M e z g e r , Edmund: "Vom Sinn der strafbaren Handlung",
JZ 52,673ff
- "Wandlungen der strafrechtlichen Tat-
bestandslehre", NJW 53,2ff
- "Strafrecht I, Allg. Teil. Ein Stu-
dienbuch", 7. Auflage 1957
- M o m m s e n , Theodor: "Römisches Strafrecht", Leipzig 1899
- M ü l l e r , Hans: "Der Irrtum über negative Tatumstände",
Saarbrücker Dissertation 1958
- N e i d l i n g e r , Michael: "Die Auswirkungen mangelnden Unrechts-
bewußtseins auf Vorsatz und Schuld",
Münchener Dissertation 1952
- N i e s e : "Die finale Handlungslehre und ihre
praktische Bedeutung", 1. Teil DRiZ 51,
221ff; 2. Teil DRiZ 52,21ff
- "Der Irrtum über Rechtfertigungs-
gründe", DRiZ 53,20ff
- N o w a k o w s k i , Friedrich: "Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit",
ZStrW 63,287ff
- "Freiheit, Schuld, Vergeltung",
Rittler-Festschrift 1957 S.55ff
- "Zu Welzels Lehre von der Fahrlässig-
keit. Eine Besprechungsabhandlung",
JZ 58,335ff; JZ 58,388ff
- O e h l e r , Dietrich: "Der rechtswidrige Vorsatz", JR 51,65ff
- P e t e r s , Karl: "Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6.11.
1943", Kommentar 2. Aufl. 1944
- P o l l i t z , Paul: "Strafe und Verbrechen", Leipzig 1910
- P o l o m s k i , Günter: "Vorsatz und Rechtsfeindlichkeit",
Münchener Dissertation 1951
- P o t r y k u s , Gerhard: "Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz",
4. Auflage 1955
- R a d b r u c h , Gustav: Anmerkung zum Urteil des OLG Frank-
furt vom 12.8.1947, SJZ 47,634
- R ö w e r , Franz, Josef: "Die Zumutbarkeit des Rechtsgehorsams",
Kölner Dissertation 1957
- R o t b e r g : Kommentar zum Ordnungswidrigkeiten-
gesetz, 2. Auflage 1958

- S a l m , Karl:** "Zur Rechtsprechung des BGH über den strafbefreienden Irrtum. Entwurf einer objektivistischen Schuld- und Irrtumstheorie", ZStrW 69,522ff
- S a s s e , Rudolf:** "Verantwortungsreife und Unrechtsbewußtsein. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit jugendlicher Täter", Hamburger Diss. 1955
- S a u e r , Wilhelm:** "Zurechenbarkeit, Zurechnungsfähigkeit und Verantwortlichkeit im Jugendstrafrecht", NJW 49,289ff
- Besprechung II zu Busch: "Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre", 1949
- "Vorsatz, Irrtum und Rechtswidrigkeit", ZStrW 51,164ff
- "Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis", ZStrW 69,1ff
- S c h a f f s t e i n , Friedrich:** "Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre", MDR 51,196
- "Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung", 1959
- S c h l e g l , Armin:** "Das Unrechtsbewußtsein im strafrechtlichen Schuldbegriff", GS 91,231ff
- S c h m i d t , Eberhard:** "Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege", 2.Aufl. 1951
- Besprechung des Lehrbuchs von Maurach: "Strafrecht, Allg. Teil", JZ 56,188ff
- Schmidt-Leichner, Erich:** "Unrechtsbewußtsein und Irrtum in ihrer Bedeutung für den Vorsatz im Strafrecht", Strafr. Abhandl. Heft 351, 1935
- S c h n e i d e r , K.:** "Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit", 3.Auflage 1956
- S c h ö n k e , Adolf:** "Unrechtsbewußtsein, Vorsatz und Irrtum", DRZ 46,101ff
- Schönke - Schröder, Horst:** "Strafgesetzbuch, Kommentar von Adolf Schönke, 10.Aufl., neu bearb. von Horst Schröder", 1961
- "Vorsatz und Schuld", MDR 50,646

- Schröder, Horst: "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs", Sauer-Festschrift 1949 S.207ff
- "Tatbestands- und Verbotsirrtum", MDR 51,387
- "Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH", MDR 53,70ff
- "Die Irrtumsrechtsprechung des BGH", ZStrW 65,178ff
- "Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa", GA 57,297ff
- Schwalb, Georg: "Die Schuldfähigkeit nach dem Strafgesetzentwurf 1960", MDR 60,537ff
- Schwarz, Günther: "Gedanken zur Verbotsirrtumsentscheidung des BGH", NJW 52,1081f
- Schwarz, Otto: "Zweifelsfragen des Verbotsirrtums", NJW 55,526
- "Der Verbotsirrtum seit der Steuerstrafrechtsnovelle von 1956", NJW 56,1906ff
- Schwarz, Otto und Günther: "Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen", Kommentar 19.Aufl. 1956
- Seelig, Ernst: "Zum Problem der Neufassung des § 51", Mezger-Festschrift 1954 S.213ff
- Sperer, Georg: "Die Vorsatztheorie. Eine kritische Würdigung", Münchener Diss. 1954
- Stenglein: "Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher", 3 Bände, 1858
- Studtucker, Hans: "Der gegenwärtige Stand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung über die Irrtumslehre. Gelöste und ungelöste Probleme", Erlanger Diss. 1957
- Traub, Fritz: Paragraph 330a StGB und die Rechtsprechung des BGH zum Verbotsirrtum", JZ 59,9ff
- Ulrich, Gustav-Adolph: "Die irrige Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts", Bonner Diss. 1951
- Vianden-Grüter, Hilde: "Verbotsirrtum als Strafausschließungsgrund?" NJW 55,1057ff
- Warda, Heinz-Günter: "Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein", NJW 53,1053f

- W a r d a , Heinz-Günter: "Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStrG in ihrer Abgrenzung gegen die allg. Irrtumsbestimmung des § 59 StGB (Zugleich ein kritischer Beitrag zur modernen Irrtumslehre)", JR 50,546ff
- "Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums", ZStrW 71, 252ff
- v. W e b e r , Hellmuth: Anmerkung zum Urteil des OLG Oldenburg vom 20.6.1950, MDR 50,691f
- Anmerkung zum Urteil des OLG Freiburg vom 9.2.1950, JZ 51,85
- "Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund", JZ 51,260
- "Negative Tatbestandsmerkmale", Mezger-Festschrift 1954 S.183ff
- W e g n e r : "Über Irrtum, seine Behandlung in Strafrechtsprechung und Strafrechtslehre", Raape-Festschrift 1948 S.401ff
- W e i n b e r g : "Der Verbotsirrtum", Bonner rechtswiss. Abhandl. Heft 2, 1928
- W e l z e l , Hans: "Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns", SJZ 48,368
- "Vom irrenden Gewissen", 1949
- "Nochmals der Verbotsirrtum", NJW 51,577
- "Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit", MDR 51,65
- Anmerkung zum Plenarbeschluß des BGHSt 2,194ff, JZ 52,340ff
- "Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund", NJW 52,564ff
- "Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum", MDR 52,584ff
- "Der Irrtum über die Amtspflicht", JZ 52,208f
- "Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre", 1953
- "Arten des Verbotsirrtums", JZ 53,266ff

- W e l z e l , Hans: Anmerkung zum Urteil des BGH vom
1.7.1952, JZ 53,596ff
- "Der übergesetzliche Notstand und die
Irrtumsproblematik", JZ 55,142ff
- "Die Regelung von Vorsatz und Irrtum
im Strafrecht als legislatorisches
Problem", ZStrW 67,196ff
- "Das neue Bild des Strafrechts-
systems", 3.Auflage 1957
- Lehrbuch "Das deutsche Strafrecht.
Eine systematische Darstellung",
6.Auflage 1958
- W i e f e l s , J.: "Römisches Recht, Rechtsgeschichte
und Privatrecht", 38.-40.Aufl. 1956
- W i n n e f e l d , H.: "Bewußtsein der Rechtswidrigkeit
und Vorsatz", DRZ 47,365
- v. W i n t e r f e l d ,
Achim: "Strafrechtsirrtum und Strafrechts-
reform", JR 50,385ff
- W u n d e r ,
Hans-Wolfgang: "Zur Frage der Strafmündigkeit und
der Altersgrenzen im Jugendstrafrecht",
Erlanger Dissertation 1954
- Z i m m e r m a n n , Franz: "Das Gewissen im Recht, besonders in
der Rechtsprechung des Bundesgerichts-
hofs zum Verbotsirrtum",
Münsteraner Dissertation 1953
- Z o e p f l , Heinrich: "Die peinliche Halsgerichtsordnung
Kaiser Karls V.", 1883

Abkürzungsverzeichnis:

Im allgemeinen werden nur gebräuchliche und verständliche Abkürzungen verwendet.

Im besonderen:

AG	Amtsgericht
BayObLGst	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen; Amtliche Sammlung.
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; Amtliche Sammlung.
Begrdg.	Amtliche Begründung des Entwurfs 1960 für ein Deutsches Strafgesetzbuch; Bundestags- drucksache Nr.2150 vom 3.11.1960
DR	Zeitschrift "Deutsches Recht".
DRiZ	"Deutsche Richterzeitung"
DRZ	"Deutsche Rechtszeitschrift"
DStR	Zeitschrift "Deutsches Strafrecht"
EJF	Sammlung "Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht"
GA	"Goldtammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß"
GS	Zeitschrift "Der Gerichtssaal"
HEst	Höchsttrichterliche Entscheidungen in Strafsachen; Amtliche Sammlung.
JGG	Jugendgerichtsgesetz vom 4.8.1953
JR	Zeitschrift "Juristische Rundschau"
JW	Zeitschrift "Juristische Wochenschrift"
JZ	Zeitschrift "Juristenzeitung"
KG	Kammergericht Berlin
LG	Landgericht
MdR	Zeitschrift "Monatsschrift für Deutsches Recht"
NJW	Zeitschrift "Neue Juristische Wochenschrift"
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen; Amtliche Sammlung.
OLG	Oberlandesgericht

OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25.3.1952
RAO	Reichsabgabenordnung vom 22.5.1931
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen; Amtliche Sammlung.
SchlHAnz	"Schleswig-Holsteinische Anzeigen", Justiz- mitteilungsblatt für Schleswig-Holstein.
SJZ	Zeitschrift "Süddeutsche Juristenzeitung"
StGB	Strafgesetzbuch vom 15.5.1871
Strafr.Abhandl. .	"Strafrechtliche Abhandlungen", herausgegeben von Schoetensack.
StuP	"Studium und Praxis", Monatsschrift für den jungen Juristen.
VRS	Sammlung "Versicherungsrechtsprechung"
WiStrG	"Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts" (Wirtschaftsstraf- gesetz 1954) vom 9.7.1954
ZblJR	Zeitschrift "Zentralblatt für Jugendrecht"
ZStrW	"Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft"

I.) Einleitende Gedanken zum Thema.

Kein anderes strafrechtliches Gebiet ist seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts und insbesondere seit 1946 mit solcher Gründlichkeit und Ausdauer nach allen Seiten hin durchleuchtet worden wie gerade das der strafrechtlichen Schuldlehre und ihrer Kehrseite, der Lehre vom strafrechtlichen Irrtum. Dabei handelt es sich wohl um das praktisch bedeutungsvollste, zugleich aber auch schwierigste Problem des gesamten Strafrechts.¹ Das beweist allein schon der Umstand, daß sich das Reichsgericht in fast 250 veröffentlichten Entscheidungen damit befaßt hat, und auch vom Bundesgerichtshof liegen zu diesem Problem bereits annähernd 40 veröffentlichte Entscheidungen vor.

Der Verbotsirrtum bzw. das Fehlen des Unrechtsbewußtseins gehört zur täglichen Praxis der Strafrechtspflege und bildet in seiner juristischen Aufgliederung den absolut schwierigsten Schuldausschließungs- bzw. Schuldminderungsgrund, weil er an die rechtsphilosophischen und kriminalpolitischen Grundlagen der gesamten Strafrechtswissenschaft heranführt, nämlich an die Frage: Warum strafen wir?

So wundert es nicht, daß die Literatur bis in die Gegenwart hinein auf einen Umfang angewachsen ist, der ausnahmslos jeden Bearbeiter dieser Materie zu der etwas bitteren Erkenntnis führen muß, daß es unmöglich ist, diese Literatur auch nur annähernd überblicken und in einer Arbeit insgesamt berücksichtigen zu können. Bereits im Jahre 1928 hat Weinberg² in seiner Abhandlung über den Verbotsirrtum darauf hingewiesen, daß die Zahl der Untersuchungen, welche das Irrtumsproblem erfahren habe, "fast unübersehbar" geworden sei.

Hält man sich diese Tatsache vor Augen, dann ist es geradezu erstaunlich, daß sich bisher nahezu kein Autor zu Wort gemeldet hat, der einmal die Auswirkungen und Beziehungen des Unrechtsbewußtseins und des Verbotsirrtums in Hinsicht auf das Jugendstrafrecht und insbesondere mit Blickrichtung auf die Jugendverantwortlichkeit des § 3 JGG in einer Abhandlung geprüft und untersucht hätte. Aus diesem Grunde erschien es dem Verfasser reizvoll und interessant, das vorliegende Thema zu bearbeiten.

1.) Die rechtsdogmatische Bedeutung des Problems.

Nachdem der Plenarbeschluß des Bundesgerichtshofs³ vom 18. März 1952 eine weitgehende Klärung in der Irrtumsfrage gebracht hat, stellt sich das Problem, wie dieser nunmehr anerkannte Schuldausschließungs- bzw. Schuld minderungsgrund in die besondere Systematik des Jugendstrafrechts einzuordnen ist. Insbesondere geht die Frage dahin, ob der Verbotsirrtum bei einem jugendlichen Täter als neuer und selbständiger Schuldausschließungs- bzw. Schuld minderungsgrund überhaupt denkbar ist, ob nicht das Fehlen des Unrechtsbewußtseins bereits in § 3 JGG mit erfaßt ist oder ob es wenigstens durch einen Analogieschluß zu dieser Vorschrift des Jugendgerichtsgesetzes berücksichtigt werden kann. Zweifel sind nämlich dahingehend angemeldet worden, daß das vom BGH gefundene Abgrenzungskriterium zwischen unverschuldetem und verschuldetem Verbotsirrtum, die zumutbare Gewissensanspannung, auch beim Jugendlichen anwendbar sei.⁴

Konkret gestellt lautet die dogmatisch interessierende Frage so:

a) Ist mit bejahender Feststellung der Altersreife und Verantwortlichkeit eines jugendlichen Täters gleichzeitig geklärt, daß der Täter zur Zeit seiner Tat das Unrechtsbewußtsein hatte?

b) Ist verneinendenfalls auch beim jugendlichen Rechtsbrecher zwischen vermeidbarem, verschuldeten und unvermeidbarem, unverschuldeten Verbotsirrtum zu unterscheiden und sind die vom BGH hierfür entwickelten Grundsätze hierbei anwendbar?

c) Wie steht es mit der Strafmilderungsmöglichkeit infolge verschuldeten Verbotsirrtums bei Jugendlichen?

2.) Die praktische Bedeutung des Problems.

Wenn bei einem Jugendlichen die Verantwortungsreife nach § 3 JGG bejaht worden ist, ist er trotzdem in der Entwicklung seiner geistigen Fähigkeiten und sittlichen Wertvorstellungen

3) BGHSt 2, 194ff = JZ 52, 335ff = MDR 52, 371ff = NJW 52, 593ff

4) So z.B. Sasse a.a.O.

noch nicht unbedingt einem Erwachsenen gleichzustellen, sondern er vervollkommenet sich erst allmählich zu einem solchen. Sollte ein Verbotsirrtum bei jugendlichen Tätern überhaupt in Betracht kommen, dann wird er infolge dieser noch nicht abgeschlossenen Entwicklung des Jugendlichen naturgemäß häufiger als unverschuldeter Verbotsirrtum vorkommen als bei erwachsenen Tätern.

Praktisch von Wichtigkeit ist auch die Frage, wie das Strafverfahren zu beenden ist. Normalerweise ist Einstellung geboten, wenn § 3 JGG verneint wird (§ 47 I Ziff.3 JGG in Verbindung mit Ziff.3 der Richtlinien zu § 3 JGG). Sollte ein Verbotsirrtum in § 3 JGG bereits mit erfaßt sein oder sollte eine Analogie zu dieser Vorschrift möglich sein, würde auch beim Vorliegen eines Verbotsirrtums die Einstellung die gegebene Form sein, um das Strafverfahren gegen den betreffenden Jugendlichen zu beenden. Dann wären Erziehungsmaßregeln nach § 3 S.2 JGG zulässig. Wenn jedoch der Verbotsirrtum auch im Jugendstrafrecht einen selbständigen Schuldaußschließungs- bzw. Schuld minderungsgrund darstellt, so wäre nach allgemeinen Grundsätzen ein Freispruch ohne die Möglichkeiten des § 3 S.2 JGG am Platze.

Schließlich ist es auch noch von Bedeutung, ob bei Vorliegen eines Verbotsirrtums eine Eintragung in die gerichtliche Erziehungskartei erfolgen darf oder nicht.

All das hängt mehr oder weniger von der Problemlösung in rechtsdogmatischer Hinsicht ab.

3.) Hinweise auf Darstellungsbasis und Darstellungsfolge.

Vorweg muß hervorgehoben werden, daß der Verfasser nicht im Schilde führt, ein neues Glied an die lange Reihe von Versuchen zu hängen, welche sich darum bemühten, die dogmatische Richtigkeit oder den praktischen Vorteil der einen oder der anderen Irrtumstheorie nachzuweisen. Es soll hier nicht am Rechtsgebiet des Jugendstrafrechts bzw. an der Verantwortungsreife des § 3 JGG gewissermaßen ausprobiert und demonstriert werden, ob und daß die Schuldtheorie gegenüber der Vorsatztheorie die bessere sei, sondern es soll versucht werden, einen Beitrag zum Schuldproblem bei jugendlichen Tätern in Strafsachen zu

leisten. Es soll das Verhältnis der neuen Erkenntnisse der Rechtslehre und des Bundesgerichtshofs hinsichtlich des Verbotsirrtums zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit jugendlicher Rechtsbrecher untersucht werden, wobei auch die überaus interessante geschichtliche Entwicklung berücksichtigt werden wird.

Wenn diese Absicht in fruchtbarer Weise verwirklicht werden soll, muß bereits an dieser Stelle die systematische Basis herausgestellt werden, auf welcher die Arbeit fußt:

a) Die Kontroverse zwischen der traditionellen und der finalen oder finalistischen Handlungslehre soll aus der Dissertation herausgehalten werden, weil sie nicht unmittelbar den behandelten Problemkreis berührt und den Blick für das Wesentliche beeinträchtigen würde. Der Verfasser steht auf dem Boden der traditionellen, von Beling begründeten, von Rittler zäh verteidigten, auch oft zu Unrecht "kausale Handlungslehre" genannten Unrechts- und Schuldauflassung, jedoch nicht im Sinne einer rein objektivistischen Verbrechensauflassung mit dem Vorsatz als Spiegelbild des äußeren Kausalgeschehens⁵, sondern mit der Modifikation, daß auch subjektive Elemente des Unrechts für die Tatbestands- und Unrechtslehre herangezogen werden müssen, wo "es bei sachgemäßer Auslegung und Anwendung des gesetzlichen Tatbestandes unentbehrlich ist, um das Urteil tatbestandsmäßigen Unrechts zu begründen".⁶ Eine Begründung dafür an dieser Stelle anzugeben, würde in dem vom Thema gesteckten Rahmen zu weit führen und mit einigen Schlagworten könnte mehr Unheil angerichtet als Klarung herbeigeführt werden. Es muß daher bei dem bloßen Bekenntnis sein Bewenden haben.

Nowakowski⁷ hat zum Streit der beiden Unrechts- und Schuldauflassungen einmal sehr schön folgendes festgestellt: "Der materielle Unrechtsgehalt, der dem Verbrechen als Ganzem eignet, kann verschieden aufgegliedert werden. Üblicherweise zerlegt man ihn in Unrecht und Schuld. Diese Tatunwerte können inhaltlich verschieden bestimmt und demgemäß gegeneinander verschieden abgegrenzt werden. Jeder der mehreren auf solche Weise

5) z.B. Nowakowski in JZ 58,394 Anm.165

6) So Engisch in Rittler-Festschrift S.182

7) JZ 58,391,394

möglichen Unrechts- und Schuldbegriffe kann sinnvoll, jedes dieser Systeme kann geeignet sein, den Gesamtunwert vollständig zu erfassen und begrifflich aufzuhellen. So können mehrere Systeme nebeneinander bestehen. Insofern gibt es dann kein "richtig" oder "falsch", sondern nur ein "geeignet" oder "weniger geeignet". Es genügt, dazu schlagwortartig auf die Anliegen der Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit und der Praktikabilität zu verweisen. Nach alledem ergibt die Berufung auf "sachlogische Strukturen" keinen Ausschließlichkeitsanspruch eines bestimmten Systems." Die finale Handlungslehre ist "nicht das einzig mögliche System des Strafrechts, und man kann durchaus der Meinung sein, daß ein anderes noch geeigneter sei, um die Sachzusammenhänge zu verdeutlichen und ein sicheres Arbeiten mit eindeutig geklärten Begriffen zu ermöglichen."⁸

b) Ferner soll die vorliegende Arbeit nicht mit dem Streit zwischen den verschiedenen Irrtumstheorien unnötig belastet werden. Die Darstellung dieser Theorien wird daher gewissermaßen vor die Klammer gezogen und in den geschichtlichen Teil verwiesen. Die Berechtigung zu diesem Schritt ergibt sich aus dem Umstand, daß seit dem klärenden Beschluß des BGH vom 18.3.1952 die Schuldtheorie in der einen oder anderen Ausgestaltung in Rechtsprechung und Rechtslehre die absolut herrschende ist.

Zudem sind die Vorzüge der Schuldtheorie⁹ in praktischer wie auch theoretischer Hinsicht bereits so oft und nahezu erschöpfend dargestellt worden,¹⁰ daß es hier einer Wiederholung der bekannten Argumente nicht mehr bedarf, zumal in absehbarer Zeit kaum damit zu rechnen ist, daß Rechtsprechung und Lehre erneut auf die Vorsatztheorie umschwenken werden. Für die folgende Abhandlung wird deshalb von den Grundsätzen des BGH-Beschlusses, die auch der Mehrheit der Großen Strafrechtskommission als richtig erscheinen,¹¹ ausgegangen, welche die Schuldtheorie als die zur Behandlung des Verbotsirrtums bessere zur Grundlage haben.

8) Zustimmend Englisch, Festschrift z.100jähr.Jur.Tag S.427 Anm.59

9) Ob der strengen oder der eingeschränkten Schuldtheorie zu folgen ist, kann dahingestellt bleiben, da die Probleme im Jugendstrafrecht insoweit genau dieselben sind wie im allgemeinen Strafrecht und nicht im Rahmen dieses Themas zum Gegenstand der Erörterung gemacht werden können.

10) z.B. BGHSt 2,194ff; Begründung zu § 20 des Entwurfs 1960; ferner insbesondere Welzel in SJZ 48,368; Lehrbuch S.141ff; vgl. auch die Zusammenfassung bei Studtrucker a.a.O. S.169ff.

11) So Warda ZStrW 71,253

Um, plastisch ausgedrückt, die beiden Bausteine zu gewinnen, mit denen später gearbeitet werden soll, ist kurz die geschichtliche Entwicklung der beiden Hauptgegenstände, einerseits Verantwortungsreife des Jugendlichen, andererseits Fehlen des Unrechtsbewußtseins bzw. Verbotsirrtum im Strafrecht, einer Darstellung bedürftig. Dabei erheben beide historischen Abrisse keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern sind mehr oder weniger als ein Streiflicht gedacht, bei dem die für das vorliegende Thema interessanten Punkte beleuchtet werden sollen.

Es folgt dann die nähere Erörterung des Verhältnisses von § 3 JGG zu den neuen Erkenntnissen des Bundesgerichtshofs zum Verbotsirrtum, wobei speziell die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede zwischen beiden Instituten herauszuarbeiten sein werden, um auf diese Weise zu der Frage vorzustoßen, ob der Verbotsirrtum bereits in § 3 JGG erfaßt ist oder ob eine Analogie für ihn aus dieser Vorschrift zulässig ist. Sodann wird zu erörtern sein, ob diese Grundsätze zum Verbotsirrtum auch für das Jugendstrafrecht gelten können und gegebenenfalls mit welchen Modifizierungen.

II.) Die historische Entwicklung bis zum heutigen Problemstand.

A.) Die geschichtliche Entwicklung der Berücksichtigung des jugendlichen Alters im Strafrecht mit besonderer Blickrichtung auf die Verantwortlichkeit des Jugendlichen.

1.) Aristoteles.

Das Jugendstrafrecht als selbständige Disziplin ist nicht alt. Für Deutschland muß sein Anfang erst im Jugendgerichtsgesetz vom Jahre 1923 gesehen werden. Jedoch gehen die Wurzeln der geistigen Grundauffassungen unseres modernen Jugendstrafrechts weit in die Geschichte zurück.

Bereits Aristoteles hat sich über das Zurechnungsproblem bei Taten Jugendlicher Gedanken gemacht und in seiner Zurechnungslehre Ansichten über Einsichtsfähigkeit, Willensbestimmbarkeit und Schuld vorgetragen, die heute noch Gültigkeit haben und den Hauptinhalt des § 3 JGG bilden.¹ Nach Aristoteles war Voraussetzung einer jeden Strafe die Zurechnungsfähigkeit des Täters, bei deren Prüfung sowohl festzustellen war, ob der Täter auf intellektuellem Gebiet überhaupt die Fähigkeit zu bestimmten Erkenntnissen hatte, als auch, ob er in der Lage war, diese Erkenntnisse willensmäßig dergestalt zu steuern, daß er sie bei Begehung einer strafbaren Handlung anwenden konnte. Um aber eine Handlung nach ihrem Gesamtgehalt überhaupt beurteilen zu können, muß die Vernunft nach Aristoteles einen bestimmten Ausbildungsgrad erreicht haben, nämlich in der Weise, daß sie so weit erstarkt ist, daß sie sich als ein für das Begehren und Wollen wirksamer Faktor geltend zu machen vermag und den sinnlichen Trieben gegenüber in der jugendlichen Seele zumindest die Möglichkeit eines Gegengewichts gegeben ist. Deshalb kommt es immer darauf an, daß der Jugendliche nicht nur in der Lage ist, sich vernünftige Vorstellungen zu schaffen, sondern er muß diese bei seinem gesamten Tun auch anwenden können, d.h. er muß Einsichtsfähigkeit und Willensbildungsfähigkeit besitzen.²

So umfassend wie die Lehren des Aristoteles waren zumeist die späteren Auffassungen und die praktische Behandlung der

1) Holzschuh a.a.O. S.55 und Loening a.a.O. S.241ff

2) Aristoteles, a.a.O. S. 233ff

Jugendlichen nicht. Wenn überhaupt die Jugendlichen bei der Verurteilung in Strafsachen anders behandelt wurden als die Erwachsenen, so handelte es sich in der Regel lediglich um eine mildere Bestrafung, nicht aber um eine Berücksichtigung der besonderen geistigen und seelischen Persönlichkeitsstruktur des jugendlichen Rechtsbrechers.

2.) Vom XII-Tafel-Gesetz bis zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871.

Im älteren römischen Recht bestand noch die rechtlich unbeschränkte, bis zum "ius vitae ac necis" gehende Strafgewalt des "pater familias", so daß die Frage der besonderen Behandlung jugendlicher Täter nicht ausgeprägt hervortreten konnte. Im allgemeinen verlangte das XII-Tafel-Gesetz noch nicht die Erreichung eines bestimmten Alters als Voraussetzung für die Bestrafung, jedoch war für die volle, ungemilderte Strafe der Eintritt der Geschlechtsreife bzw. der Ehemündigkeit erforderlich. Eine Berücksichtigung der Entwicklungsreife im heutigen Sinne war unbekannt.³

Das spätere römische Recht unterschied bei Kindern und Jugendlichen zunächst die "infantes", die bis zum vollendeten 7. Lebensjahre überhaupt nicht strafbar waren. Bei der Gruppe der "impuberes" (vom 7. Lebensjahre bis zur Geschlechtsreife⁴) gab es eine bedingte Deliktsfähigkeit, wenn sie die erforderliche Einsicht in die Unrechtmäßigkeit ihrer Tat besaßen. Besonders gewissenhaft war diese Frage bei den "impuberes infantiae proximi", d.h. denjenigen, die näher beim 7. Lebensjahre standen, zu prüfen, während man bei den "impuberes pubertati proximi", d.h. denjenigen, die dem 12. bzw. 14. Lebensjahre näher standen in der Regel die Einsichtsfähigkeit mehr oder weniger unterstellte.⁵ Die Folge mangelnder Einsicht war nicht Freisprechung, sondern Strafmilderung. Übrigens wurde der berühmte Satz "malitia supplet aetatem" (Die Bosheit erfüllt das fehlende Alter), der in diesem Zusammenhang öfters zitiert wird, in den römischen Quellen nur in zivilrechtlicher Anwendung benutzt.⁶

3) Mommsen, Röm. Strafrecht S.75

4) Diese trat bei Knaben ursprünglich mit der "sumptio togae" (dem In-Gebrauch-Nehmen der Toga) zwischen dem 14. und 16. Lebensjahre ein, nach den Prokulianern mit dem vollendeten 14., nach den Sabinianern nach der körperlichen Entwicklung im Einzelfall, seit Justinian mit dem 14., bei Mädchen mit dem 12. Jahr ein (Wiefels a.a.O. S.53f)

Das mittelalterlich-italienische Recht blieb im allgemeinen bei dieser Regelung stehen, verschärfte jedoch die Behandlung Jugendlicher dadurch etwas, daß die Einsicht in die Strafbarkeit der Handlung mit der Erreichung eines bestimmten Alters, bei Jungen 10 1/2, bei Mädchen 9 1/2 Jahre, ohne weiteres als vorhanden angenommen wurde. Allerdings waren in diesen Fällen Todes- und Leibesstrafen nicht zulässig.⁷

Im germanischen und fränkischen Recht waren die Regelungen bezüglich der Verantwortlichkeit der Jugendlichen überaus verschiedenartig und vielfältig. Daher erscheint es angebracht, hierzu lediglich einige bezeichnende und interessante Beispiele, die in mancher Hinsicht ausgesprochen fortschrittliche Gedanken offenbaren und gerade die Entwicklung zur heutigen Regelung als frühe Vorgänger mit geformt und vorwärtsgetrieben haben, aufzuzeigen.

Eine höchst erstaunliche Regelung der Frage der Verantwortlichkeit des Täters im jugendlichen Alter enthielt bereits ein so frühes Gesetz wie die Lex Burgundionum (um 500), auch Lex Gundobada genannt:⁸ Danach mußte für einen vom Familienoberhaupte verübten Diebstahl die ganze Familie einstehen mit Ausnahme der noch nicht 14 Jahre alten Kinder. Der Mann war zu erschlagen, die Frau und die Kinder über 14 Jahre verfielen der lebenslänglichen Untertänigkeit des Bestohlenen. "Jene Kinder aber, die bei Verübung der Tat noch unter vierzehn Jahren sind, sind vom strafweisen Verlust der Freiheit ausgenommen. Sientemal ihr Verstand in so zartem Alter die Taten ihres Vaters zu verstehen noch nicht befähigt, kann man ihnen auch keine Schuld geben noch ihnen ihre Freiheit aberkennen." Man muß feststellen, daß diese klare und feinfühligte Art der Regelung der subjektiven Seite der Tat und der Frage der Verantwortlichkeit trotz aller Grausamkeit des Strafrechts überhaupt ehrfurchteinflößend ist, zumal es sich hier um eines der ältesten germanischen Volksrechte handelt und der Rechtshistoriker auf diesem Gebiet z.B. im Spätmittelalter viel weniger Verständnis für die jugendliche Psyche feststellen muß.

Man hat sich auf vielfältigste Art und Weise um die Erforschung der jungen Seele bemüht, vorausgesetzt, daß man den

5) Holzschuh a.a.O. S.58

6) Mezger, Zum neuen Jug.strafrecht S.85

7) Dahm a.a.O. S.248ff

8) Mitgeteilt bei Holzschuh a.a.O. S.27f

Jugendlichen überhaupt einer Sonderbehandlung im Strafrecht zuführte. So ist z.B. ein Zusatz eines aus der Uffenbach'schen Bibliothek stammenden Codex zum Lübischen Recht (1180 - 1400 etwa)⁹ aufschlußreich. Danach ist ein Kind unter 12 Jahren dann straffähig, wenn es die Einsicht in die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung besitzt. Theoretisch sieht das sehr fortschrittlich aus, aber die Praxis geht zwecks Feststellung dieser Unrechtseinsicht folgendermaßen vor: Um das Vorhandensein der Einsicht zu prüfen, "de richter schal nemen enen penningh an de enen hant unde enen appel an de anderen hant unde holden deme leuendighen kinde to"; greift es in seiner Kindesunschuld nach dem Apfel, so bleibt es straflos. Wenn es aber den Pfennig nimmt, dann ist daraus zu schließen, daß es schon den Wert des Geldes kennt, und daher wird es wie ein über 12 Jahre alter Täter bestraft. Jedoch war es dann immerhin noch möglich, Gnade vor Recht ergehen zu lassen.

Die Rechtsbücher (Sachsenspiegel, Schwabenspiegel und andere) trugen der verminderten Schuldfähigkeit des Jugendlichen dadurch Rechnung, daß dieser "nicht seinen Leib verwirken" konnte (Sachsenspiegel II Art.65 § 1 : "nicht ein kint en mac binnen sinen jaren nicht tun, dar ez sin lib mite verwirke".¹⁰) Es durften also bei Kindern unter zwölf Jahren keine Todes- oder Verstümmelungsstrafen verhängt werden. Der Schwabenspiegel war insoweit schärfer und setzte die Strafmündigkeitsgrenze auf das 7. Lebensjahr fest. Es mußte Buße auch von Jugendlichen zwischen 7 und 14 Jahren geleistet werden, aber bei peinlichen Strafen trat auch hier Strafmilderung ein.¹¹

Obwohl grundsätzlich das Kind für unreif gehalten wurde, es daher auch keine peinlichen Strafen gegen es gab (vgl. z.B. Lex Salica cap. 24 § 5) und an die Stelle der Haftung des Kindes diejenige des elterlichen Gewalthabers trat, gab es doch schon vereinzelt eine Preisgabe des Kindes an die zur Rache berechnigte Sippe¹² oder es gestattete z.B. ein Privileg für Nürnberg aus dem Jahre 1320, gemeingefährliche Bürger mit ihren Kindern im Sack zu ertränken.¹³

Selten hat ein Gesetz auf seine Zeit und die Nachwelt eine derartig nachhaltige und zukunftsweisende Wirkung ausgeübt,

9) Mitgeteilt bei Hach a.a.O. S.279

10) Brodbeck a.a.O. S.58

11) Sasse a.a.O. S.4

12) Eb. Schmidt, Einführung... S.34

13) Eb. Schmidt, Einführung... S.67

wie die durch den Bamberger Hofrichter Johann Freiherr von Schwarzenberg und Hohenlandsberg im Jahre 1507 geschaffene Constitutio Criminalis Bambergensis (CCB) und die auf ihr fußende, zu noch größerer Geltung gelangte Constitutio Criminalis Carolina (CCC), die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532. Beide Gesetze kannten äußerst harte und strenge Strafen. In der Grundhaltung waren sie noch vom Vergeltungsgedanken beherrscht. Jedoch brachten sie als bedeutende und entscheidende Neuerung den Ersatz der alten Erfolgshaftung durch das Prinzip der Schuldhaftung, wenn auch natürlich diese Anfänge der Voraussetzung von Schuld für eine Strafe keineswegs eine Ausprägung fanden, wie sie heute nicht mehr hinwegzudenken ist. Immerhin erfolgte schon eine Berücksichtigung des jugendlichen Alters im Sinne einer Sonderbehandlung. Art. 179 CCC,¹⁴ diesem entspricht Art. 205 CCB,¹⁵ sagt nämlich, daß das Verfahren den "Rechtsverständigen" unterbreitet werden muß, wenn ein Jugendlicher "seine Sinne nicht hat". "Item wird von jemandt, der jugendt oder anderer gebrechlichkeyt halben wissentlich seyne synn nit hett, eyn übelthatt begangen, das soll mit allen umstenden an die orten und enden, wie ze ende dieser unser ordnung angezeygt, gelangen, unnd nach radt der selben und anderer verstendigen darinn gehandelt oder gestrafft werden."

Daß aber damit keinesfalls eine im heutigen Sinne gerechte Sonderbeurteilung der Jugendlichen garantiert und gehandhabt wurde, erhellt aus einer anderen Vorschrift dieser Gesetze, welche sich mit dem Diebstahl befaßt. Art. 164 CCC,¹⁶ dem entspricht Art. 190¹⁷ CCB, besagt: "Item so der dieb oder die diebin jrs alters under 14 jaren waren, die sollen umb diebstall ohn sonder ursach auch nit vom leben zum todt gericht, sonder der obgemelten leibstraff gemess, mit sampt ewiger urphede gestrafft werden. Wo aber der dieb nahent bei 14 jaren alt war, und der diebstall gross oder obbestimt beschwerlich umbstende, so geuerlich dabei befunden würden, also dass die bosheyt das alter erfüllen möcht,¹⁸ so sollen richter und urteiler desshalb auch radts pflegen, wie ein solcher junger dieb an gut, leib oder leben zu straffen sei." Damit waren auch gegen jugendliche Diebe peinliche Strafen wie Verstümmelung oder die

14) entnommen aus Zoepfl a.a.O. S.250

15) " " Kohler-Scheel a.a.O. S.73

16) " " Zoepfl a.a.O. S.248

17) " " Kohler-Scheel a.a.O. S.68

18) Unterstreichung vom Verfasser!

Todesstrafe zulässig. Die zuletzt genannte Vorschrift läßt die Erinnerung an den Satz des römischen Rechts "malitia supplet aetatem" wieder aufleben. Die Schwere der Tat und die Intensität des verbrecherischen Willens konnten demnach das fehlende Alter ersetzen. Beide Gesetze, die CCC und die CCB, hatten eine Wirkung auch weit über ihr Geltungsgebiet hinaus entfaltet und sorgten dafür, daß diese ersten Anfänge einer strafrechtlichen Sonderbehandlung der jugendlichen Täter in anderen landesrechtlichen Kodifikationen heimisch wurden.

Bevor sich diese Gedanken aber auf die Gesetzbücher des 18. Jahrhunderts endgültig auswirken konnten, mußten im Spätmittelalter und zu Beginn der Neuzeit Zeiten des Rückschritts und der Verrohung der Strafgerichtsbarkeit durchlaufen werden. Der Hauptgrund dafür war die Tatsache, daß man der den Landfrieden störenden umherstreifenden, mordenden und sengenden Verbrecherbanden Herr zu werden versuchte und deshalb zu immer rigoroseren und brutaleren Strafen griff. Dabei nahm man auf die Jugend des Täters oftmals keine Rücksicht mehr. Die Grausamkeit der damaligen Strafen ist kaum vorstellbar.¹⁹ Allmählich wurde das zur Rechtsgewohnheit. Ein einziges Beispiel von unzähligen sei erwähnt: Ein elfjähriger Junge wurde 1581 in Hamburg enthauptet, weil er einem Ratsherrn mit einem Stein ein Fenster eingeworfen hatte.²⁰ Auch gegenüber Jugendlichen wendete man rücksichtslos Leibes- und Lebensstrafen an, jedoch kamen die grausamsten Formen der Folterung, Verstümmelung und Vernichtung (Vierteilen, Pfählen, Rädern, Lebendigverbrennen und -vergraben), wohl nur in selteneren Fällen zur Anwendung.

Bei dieser allgemeinen Verrohung der Strafrechtspflege ist es verständlich, daß man sich kaum darum kümmerte, ob der jugendliche Täter die nötige Einsicht in sein Handeln hatte oder nicht. Bevorzugt für Jugendliche waren als Strafmilderungen z.B. Auspeitschen, Stäupen, Anprangerung, das Stehen im Halseisen und Verbannung aus dem Wohnort. Als ein Beispiel für eine solche Strafmilderung führt Fehr²¹ ein Weistum aus dem Ottertäl in Österreich aus dem 16. Jahrhundert an: "Das Federspill

19) Einzelheiten bei Holzschuh a.a.O. S.71 - 85

20) bei Pollitz a.a.O. S.8 Anm.1

21) a.a.O. S.275

(= Federvieh) wer das verderbet oder vertilget, von wem das wär, so mag ihm die herrschaft die augen ausstechen lassen oder henken. ist das aber ain ainfeltig (kind) das nit vernunft hat, so sol mans wider under den baum oder die stat fuern und wol mit ruetn schlagen."

Jedoch gab es auch für diese Zeit sehr fortschrittliche Gesetze, die der historischen Entwicklung bis zum heutigen Jugendstrafrecht wegen besonders interessieren. Zu nennen ist z.B. eine Bestimmung der "Pfaltzgräffischen Malefiz-Ordnung" (Titel 49) von 1582²²: "Dieweil von Jungendt wegen die ordentliche Lebens- in eine leidliche Leibstraffe oftermals verändert wird, so wöllen wir, dass auch in diesem Laster des Diebstahls der jungen Dieben, und dero Gestalt, und so fern mit der ordentlichen Lebens- und anderer leiblichen Straffe verschonet werde, wo nemlich die Bosheit das Alter (das 18. Lebensjahr nicht erfüllet."

Die "neu reformierte Landts-Ordnung der fürstlichen Grafschaft Tyrol"²³ von 1603 sagt: "Der Dieb halben ist fürgenommen: Welcher über 18 Jahr alt ist, und unter ainer Fart 25 Pfundt Perner (= Birnen) oder darunter gestohlen hat: Der soll an den Pranger gestellt, mit Ruthen ausgestrichen werden. Sofern aber ainer über 25 Pfundt, oder zu mehrmalen über 10 Pfundt Perner gestohlen hat, so soll der mit dem Strang gerichtet werden: Wäre aber der Dieb unter 18 Jahren alt, so soll derselb nach Erkenntnuss des Richters, der Rätthe und Geschwornen und nach Gelegenheit seiner Missethat gestrafft werden." Hiermit wird auf die Verpflichtung des Gerichts hingewiesen, die Einsichtsfähigkeit und Schuld des Jugendlichen zu prüfen.²⁴

Ganz allmählich macht sich im Gedankengut und in den Kodifikationen der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Tendenz bemerkbar, von den rohen Leibesstrafen gegen Jugendliche abzusehen und stärker die mangelnde Reife dieser Täter zu berücksichtigen. Besonders zwei Gesetze waren in dieser Hinsicht sehr fortschrittlich: Der "Codex Juris Criminalis Bavarici" vom Jahre 1751 bestimmte in § 4: "Wem es an genugsamen Verstand oder freyen Willen ermangelt, der ist keines Verbrechens fähig. Was demnach von ... ohnmündigen Kindern, unsinnigen

22) genannt bei Berger a.a.O. S.152

23) " " " a.a.O. S. 615

24) So Fehr a.a.O. S.276 für eine fast gleichlautende Bestimmung in einem Weistum von Thurn an der Gader in Österreich.
Zu diesen letzten Beispielen vgl. auch Holzschuh a.a.O. S.84ff

Leuten geschieht, wird für kein Verbrechen geachtet." Nach diesem Gesetz erfolgte grundsätzlich Strafmilderung bei Jugendlichen zwischen 7 und 14 Jahren, aber es galt auch hier gemäß § 14 der Satz "malitia supplet aetatem". Aber auch bei den 14 bis 18jährigen Tätern konnte Strafmilderung eintreten (§ 15), wenn "die Bosheit nicht allzu frühzeitig und zu künftiger Besserung große Hoffnung obhanden ist, welche theils aus vorhergehenden Lebenslauf und beschehener Aufführung, dann anderen Umständen leicht abzunehmen ist."²⁵

Die "Constitutio Criminalis Theresiana" von 1768 enthielt eine ähnliche Regelung in etwas allgemeinerer Fassung.²⁶

In den letzten beiden Gesetzen ist schon der Geist spürbar, der die Menschheit aus dem Grauen, der Unmenschlichkeit und Verrohung herausführt und zu einer geläuterten Auffassung von Recht, Gerechtigkeit, Schuld und Strafe hinüberleitet: Es ist der Geist des Humanismus und der Aufklärung.²⁷ Die Gedankenwelt von Montesquieu, Voltaire und für das Jugendstrafrecht besonders Beccaria bringt die große Wende im strafrechtlichen Denken der Völker und beseitigt das mittelalterliche Strafsystem.

Was die Sonderbehandlung der jugendlichen Täter betrifft, so ist die Feststellung zu treffen, daß nahezu durchweg in der gesamten Territorialgesetzgebung des 19. Jahrhunderts mehr oder weniger die Strafmilderung für Jugendliche auf alle Strafrahmen ausgedehnt wurde. In der Erkenntnis, daß dem jugendlichen Alter nicht allein durch Milde bei der Strafzumessung Genüge getan ist, sind in der Territorialgesetzgebung häufig Bestimmungen zu finden, die eine Bestrafung jugendlicher Rechtsbrecher von dem Vorhandensein eines irgendwie umschriebenen Reifegrades abhängig machen.²⁸ Allerdings hat sich das juristisch wohl bedeutendste und beim Volke beliebte Gesetz, das "Preußische Allgemeine Landrecht" (ALR) vom Jahre 1794 in dieser Hinsicht weit weniger ausgezeichnet als andere kleinere Kodifikationen. Das ALR bedeutete gegenüber der CCC nur insofern einen Fortschritt, als wenigstens die Todesstrafe und die lebenslängliche Freiheitsstrafe für Jugendliche bei allen

25) Bei Berger a.a.O. S.154 und Sasse a.a.O. S.6

26) Bei Berger a.a.O. S.621f

27) So mit Recht Holzschuh a.a.O. S.123

28) Näheres bei Brodbeck a.a.O. S.58ff

Verbrechen gesetzlich unzulässig waren: "Unmündige (bis 14 Jahre, I,1,\$25 ALR) und schwachsinnige Personen können zwar zur Verhütung fernerer Vergehen gezüchtigt, niemals aber nach der Strenge des Gesetzes bestraft werden"(II,20,\$17 ALR).²⁹ Jedoch schränkte ein "Preußisches Rescript" vom 25.4.1796 diesen Grundsatz wieder ein und ließ gegen Kinder unter 14 Jahren wieder die Kriminalstrafe, ja sogar Zuchthaus zu, wenn die Bosheit das Alter erfülle ("si malitia supplet aetatem").

Dieser Rückschritt brachte es mit sich, daß die Hauptimpulse auf die Gesetzbücher der anderen deutschen Staaten nicht vom ALR, sondern von dem im Hinblick auf die strafrechtliche Behandlung der Jugendlichen viel fortschrittlicheren "code pénal" aus dem Jahre 1810 ausgingen. Der Art. 66 des code pénal ist grundlegend für die weitere Entwicklung der Verantwortlichkeit des Jugendlichen geworden. Er macht die strafrechtliche Verantwortlichkeit von der Einsichtsfähigkeit des Täters abhängig, enthält jedoch noch nicht die Schuldvoraussetzung der Willensbildungsfähigkeit, welche Gedanken weit jüngeren Datums entstammt. "Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement il sera acquitté."³⁰ Hiermit war eine grundsätzliche und allgemein gefaßte Formulierung gegeben, auf welcher die ganze Entwicklung des 19. und 20. Jahrhunderts aufbauen konnte. Dagegen war das bei den Formulierungen der Partikularstrafgesetzbücher des 17. und 18. Jahrhunderts wegen deren unvollständigen und kasuistischen Regelungen nicht möglich, abgesehen davon, daß auch die ethischen und rechtlichen Überzeugungen der Aufklärung noch nicht den Weg geebnet hatten.

Auch der Einfluß der Gedanken P. J. Anselm von Feuerbachs kann für diese Entwicklung nicht hoch genug bewertet werden. Sein Strafgesetzbuch für Bayern vom 26.5.1813 war die zweite große Wurzel neben dem code pénal für die strafrechtliche Sonderbehandlung der Jugendlichen, die schließlich zum heutigen Jugendgerichtsgesetz mit seinem § 3 geführt hat. Ausgehend von seiner psychologischen Zwangstheorie und dem daraus folgenden Prinzip, daß die Verantwortlichkeit dann ausgeschlossen ist, wenn der Täter entweder seinen Willen nicht dem Strafgesetz gemäß bestimmen konnte oder sich in einem unverschuldeten

29) Angeführt bei Bruck a.a.O. S.99

30) " " Sasse a.a.O. S.8

Gemütszustande befand, zu dem auch das jugendliche Alter gehört,³¹ erklärte Feuerbach in Art. 100 des StGB von Bayern, die Todesstrafe bei Jugendlichen bis zum vollendeten 16. Lebensjahre sei unzulässig. Im übrigen sind die Strafen im Vergleich zu denen der Erwachsenen allgemein abgemildert. Das Gericht hatte "bei Ausmessung der Strafen besonders Rücksicht zu nehmen auf ... das mehr oder weniger vorgerückte Alter des Übertreters, sowie auf dessen Gemütsbeschaffenheit, den Grad seiner Bildung "³²

In den anderen Gesetzbüchern war die Jugendverantwortlichkeit von den verschiedenartigsten Voraussetzungen abhängig gemacht, z.B. verlangte § 79 des Strafgesetzbuchs des Großherzogtums Baden von 1845 die "zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Tat erforderliche Ausbildung", das Hessische Strafgesetzbuch von 1814 in Art. 115 "hinlängliche Unterscheidungskraft", das Strafgesetzbuch für Oldenburg von 1858 in Art. 38 § 2, daß "bei Angeschuldigten, welche bei Begehung eines Verbrechens oder Vergehens das 12., aber noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet haben", besonders zu prüfen sei, "ob dieselben bereits für zurechnungsfähig zu erachten sind ... "³³ Von besonders gutem Einfühlungsvermögen für die Psychologie des Jugendalters zeugt Art. 99 des Kriminalgesetzbuchs für Hannover von 1840: "Bei Verbrechern, die zwar das 12., nicht aber das 16. Jahr zurückgelegt haben, ist die eigentümliche Beschaffenheit und der Grad der Entwicklung ihrer Seelenkräfte sorgfältig zu untersuchen und hiernach zu beurteilen, ob sie das Verbrechen mit hinlänglicher Unterscheidungskraft verübt haben oder nicht." Diese Beispiele mögen genügen, um die Bemühungen der Gesetzgeber dieser Zeit deutlich zu machen, in irgendeiner Weise der besonderen, anders gearteten Persönlichkeitsstruktur des jungen Menschen im Strafrecht gerecht zu werden.

Bei allen diesen Gesetzen sind mit Holzschuh³⁴ zwei verschiedene Grundsysteme zu unterscheiden:

1) Der eine Teil der Gesetze sah lediglich diejenige Art der Behandlung Jugendlicher vor, welche bereits seit Jahrhunderten praktiziert wurde, nämlich die Milderbestrafung. Bei

31) Bruck a.a.O. S.6ff

32) Angeführt bei Holzschuh a.a.O. S.139; vgl. für die gesamten zitierten Gesetzestexte auch: Stenglein a.a.O.

33) Angeführt bei Brodbeck a.a.O. S.58f

34) a.a.O. S.145ff

diesem System erfolgt keine Untersuchung der Frage, ob der jugendliche Täter bei Begehung der Tat die erforderliche Einsicht besaß, ob also bereits ein gewisser Grad geistiger und sittlicher Reife vorhanden war. Dieses System findet sich vor allem in den Strafgesetzbüchern von Braunschweig, Hamburg und Sachsen.

2) Bei der Mehrzahl der Kodifikationen hat dagegen das Gericht jeweils zu prüfen, ob ein Täter bei Tatbegehung das erforderliche Unterscheidungsvermögen in Bezug auf die Unrechtmäßigkeit seines Handelns besessen hat. Wenn es diese Frage bejaht, wird der Jugendliche wie ein Erwachsener behandelt, anderenfalls sind die ordentlichen Strafen jeweils zu mildern. Was die juristische Konstruktion anbelangt, handelt es sich hier also im Gegensatz zur ersten Gruppe um eine echte bedingte Strafmündigkeit, wenn auch das Ergebnis, bloße Strafmilderungsmöglichkeit, dasselbe ist. Diese Regelung gab es in den Strafgesetzbüchern von Baden, Bayern, Hannover, Hessen, Lübeck, Oldenburg und Württemberg und wurde später auch in das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15.5.1871 übernommen.

Bei allen diesen Gesetzen war trotz aller Neuerungen auch jetzt noch der Straf- und Abschreckungsgedanke vorherrschend. Nur in den Fällen, in welchen der Jugendliche nicht das erforderliche Unterscheidungsvermögen hatte, zeichnete sich allmählich das Eindringen des Erziehungsgedankens in die Jugendstrafrechtspflege ab. Anfänge einer ambulant-erzieherischen Behandlung der jugendlichen Täter sind in dem für Bagatellfälle häufig zugelassenen Verweis zu erkennen. Im übrigen bürgerte sich jedoch eine "kalte, schematisch ausgerichtete Gesetzesarithmetik" ein.³⁵

Dies war neben der Tatsache, daß auch Jugendliche ohne Einsichtsvermögen bestraft wurden (wenn auch milder als diejenigen, die diese Einsichtsfähigkeit hatten), einer der Hauptgründe, warum der Kampf um die Reformen in der Lehre unvermindert weiter ging. Besonders zwei Männer waren es, die die starken neuen Impulse in die Entwicklung des Jugendstrafrechts brachten, und zwar auch von der Seite der Kriminalanthropologie und der Soziologie her: Cesare Lombroso, auf dessen Lehren die italienischen Juristen Ferri und Garofolo die sog. "Kriminalanthropologische Schule" gründeten, und Franz v. Liszt, der Begründer der sog. "Soziologischen Schule". Außerdem haben eine ganze

Anzahl hervorragender Erzieher und Menschenfreunde großen Anteil an der weiteren Arbeit für die Reformen. Zu denken ist an Pestalozzi, Wichern, Graf von der Recke-Volmerstein, den italienischen Pfarrer Don Bosco und den Richter Matthew Davenport Hill aus Birmingham, der als erster das sog. "probation system" entwickelte.³⁶

Das "Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten" von 1851 brachte insofern einen Fortschritt, als nunmehr der nicht einsichtsfähige Jugendliche nicht mehr lediglich milder bestraft, sondern freigesprochen wurde. Damit war die erste tiefe Bresche für den Schuldgrundsatz geschlagen. § 42 bestimmte: "Wenn ein Angeschuldigter noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hat und festgestellt wird, daß er ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt hat, so soll er freigesprochen werden." In der Praxis wurde die Wirkung, welche diese Vorschrift hätte haben können, jedoch insofern gewaltig beeinträchtigt, als die Gerichte nicht ohne weiteres das Unterscheidungsvermögen bei Kindern verneinten, sondern in dieser Hinsicht sehr streng urteilten. Bezeichnend ist die Entscheidung des Preußischen Obertribunals vom 22. 9.1864³⁷: Die Annahme, ein sechsjähriger (!) Brandstifter müsse schlechthin zurechnungsunfähig sein, sei "rechtsirrig"!

Im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund und darauf fußend im Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 wurde als untere Strafmündigkeitsgrenze das 12. Lebensjahr und für Jugendliche zwischen 12 und 18 Jahren die bedingte Strafmündigkeit festgelegt. Aber man wurde der jugendlichen Eigenart immer noch nicht voll gerecht, denn trotz der Bestimmungen der §§ 55, 56 StGB ging die Praxis grundsätzlich davon aus, den Jugendlichen einfach wie einen "kleinen Erwachsenen" zu behandeln. § 55 StGB ("Wer bei Begehung der strafbaren Handlung das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden") wurde offensichtlich nicht als ein wegen Fehlens der Zurechnungsfähigkeit statuerter Schuldausschließungs-, sondern nur als ein persönlicher Strafausschließungsgrund aufgefaßt.³⁸

Schon relativ kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes wurden die §§ 55, 56 StGB als verfehlt angesehen. Zurechnungsfähigkeit

36) Näheres hierüber bei Holzschuh a.a.O. S.156ff

37) abgedruckt in GA 12,728

38) Hierzu bestand allerdings wegen der damaligen "strengen Akzessorietät" ein praktisches Bedürfnis. Vgl. RGSt 6,186; 6,336; 19,192; 25,366; 50,199; 53,86.

erfordere nicht nur ein gewisses Maß an intellektueller Entwicklung, sondern auch sittliche Reife.³⁹ Dazu kam eine gewisse Rechtsunsicherheit, die dadurch hervorgerufen wurde, daß sich verschiedene Ansichten über die Auslegung des § 56 StGB gebildet hatten. Die eine verlangte zur Annahme eines Handelns mit Einsichtsvermögen das Bewußtsein um die Tragweite der Handlung, ein bestimmtes positives Wissen, eine Erkenntnis des konkreten Strafdelikts; die andere stellte auf die Fähigkeit zur Einsicht, auf Unterscheidungsvermögen zwischen Recht und Unrecht ab. Die tiefere Wurzel der verschiedenen Meinungen liegt in der verschiedenen Bedeutung des Begriffes "discernement" in Art. 66 des code penal, welcher den §§ 42, 43 des Preußischen StGB von 1851 und § 56 des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 zugrunde liegt.⁴⁰ Daneben gelangte der Gedanke der Erziehung immer mehr in den Vordergrund, so daß auch von hier aus die Dynamik der Reformen die Entwicklung weiterdrängte.

3.) Die neuere Entwicklung bis zu § 3 des Jugendgerichtsgesetzes von 1953.

Erst Ende des 19. Jahrhunderts waren echte Ansätze zur Schaffung eines Jugendgerichtsgesetzes außerhalb des eigentlichen Strafgesetzbuches erkennbar, wodurch die Gruppe der jugendlichen Täter wegen ihrer besonderen biologischen und psychologischen Eigenart einer gerechten und erzieherischen Behandlung im Strafrecht zugeführt werden sollte. Appelius arbeitete im Auftrage der "Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Gruppe Deutsches Reich" den Entwurf eines "Jugendgerichtsgesetzes, betreffend die Behandlung und Bestrafung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Personen" aus, der im Jahre 1892 fertiggestellt wurde. Jedoch ließ das erste deutsche Jugendgerichtsgesetz noch rund 30 Jahre auf sich warten, weil trotz aller Ansätze zur Verwirklichung der Erziehungsidee immer noch der Strafgedanke vorherrschend war.

Einem Vorentwurf von 1909 folgte ein Gegenentwurf von 1911. Einen wesentlichen Fortschritt brachte dann der Kommissionsentwurf von 1913, in welchen nach dem Vorbild des österreichischen Entwurfs von 1912 nicht nur die Berücksichtigung der geistigen

39) v. Liszt in ZStrW 12, 170

40) Näheres bei Brodbeck a.a.O. S. 65ff

Entwicklung des Jugendlichen, sondern auch dessen Willensreife für die Verantwortlichkeit eingebaut wurde. § 22 I dieses Entwurfes lautete: "Ein Jugendlicher handelt nicht schuldhaft, wenn er wegen zurückgebliebener Entwicklung oder mangels geistiger oder sittlicher Reife unfähig ist, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen."⁴¹ Ähnlich war später auch § 130 des Entwurfs von 1919 formuliert.

Infolge des Zunehmens der Jugendkriminalität nach dem ersten Weltkrieg war die Schaffung eines Jugendgerichtsgesetzes unumgänglich geworden. Mit § 3 des Jugendgerichtsgesetzes vom 16.2.1923 gingen langjährige, lebhaft umkämpfte Forderungen in Erfüllung. Die Reform war erfolgreich; der einseitige Begriff des Unterscheidungsvermögens, der bloß auf die intellektuelle Seite der Entwicklung des Jugendlichen abstellte, war überwunden und durch eine umfassendere, der besonderen psychologischen Eigenart des jungen Menschen gerecht werdende Regelung ersetzt: "Ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ist nicht strafbar, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen." Mit dieser Formulierung war der Durchbruch der modernen Gedanken im Jugendstrafrecht und insbesondere bezüglich der Verantwortlichkeit des Jugendlichen erfolgt. Diese Gedanken prägen genauso auch heute noch in etwas anderer Ausgestaltung das Bild des § 3 JGG von 1953.

Gegenüber dem großen Fortschritt des § 3 JGG von 1923 im Vergleich zu den §§ 55, 56 StGB von 1871 erscheinen die Abweichungen des § 3 I 1 des Reichsjugendgerichtsgesetzes vom 6.11.1943 gegenüber § 3 JGG von 1923 als unbedeutend.^{41a} Allerdings sind einige kleinere Änderungen insofern von Interesse, als sie auch heute noch in § 3 JGG zu finden sind: Einmal wählte man im Unterschied zu § 51 StGB eine positive Formulierung der Verantwortlichkeit, um die völlige Loslösung des Jugendstrafrechts vom allgemeinen Strafrecht auch äußerlich zu dokumentieren und ferner, um den Richter zu zwingen, sich in jedem einzelnen Falle Gedanken über die Verantwortlichkeit des jugendlichen Täters zu

41) Angeführt bei Sasse a.a.O. S.13

41a) Es brachte aber als Neuerung eine Sonderregelung über die Behandlung jugendlicher Schwerverbrecher!

machen und diese jedesmal zu prüfen. Zum anderen wurde der Begriff "das Ungesetzliche" durch den Ausdruck "das Unrecht" ersetzt, und das Wort "reif" löste das Wort "unfähig" ab. Damit wurde einerseits der Schutzrahmen für den Jugendlichen enger, weil der Begriff "Unrecht" weiter ausgelegt werden kann als der Ausdruck "das Ungesetzliche", aber dies "läßt besser erkennen, daß es nicht um das positive Gesetz, sondern um die hinter diesem stehende Ordnung",⁴² also das materielle Unrecht geht. Andererseits war aber dadurch eine tiefere Auslegung möglich, also die Berücksichtigung der Sonderstruktur der jugendlichen Seele und ihres Spannungsverhältnisses zur sozialen Umwelt ("reif!").

§ 3 S.1 des heute geltenden Jugendgerichtsgesetzes vom 4.8.1953 übernahm wortgetreu den § 3 I 1 RJGG von 1943, baut also ebenfalls auf der sog. gemischten oder biologisch-psychologischen Methode zur Ermittlung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Jugendlichen auf. Einen weiteren Fortschritt brachte § 3 JGG von 1953 damit, daß auf die Heranwachsenden (18 bis 21 Jahre) unter bestimmten Voraussetzungen das Jugendstrafrecht angewendet werden kann. Für sie gilt jedoch § 3 JGG nicht (§ 105 JGG).⁴³

An Hand dieses relativ knappen Überblicks über die Entwicklung der Berücksichtigung des jugendlichen Alters für die Schuld des Täters ist zu ersehen, daß es einer sehr langen Zeit bedurft hat, bis im Strafrecht die Bedeutung des jugendlichen Alters für die Frage der Verantwortlichkeit in vollem Umfange erkannt und respektiert worden ist. Nachdem man sich jahrhundertlang nur mit einer Strafmilderung für Kinder und Jugendliche begnügt hatte, ist erst in jüngster Zeit die Notwendigkeit der Berücksichtigung der besonderen seelischen und biologischen Struktur des Jugendlichen im Gesamtgebiet des Strafrechts offenbar geworden.

Der heutige § 3 JGG, mit dem sich die Arbeit näher zu befassen haben wird, ist also das Ergebnis einer langen, wechselvollen Entwicklung und der Ausfluß heftigen Ringens unter den Gelehrten und in der Rechtsprechung, und man wird abschließend feststellen müssen, daß die Kämpfe der Reformer gute Früchte getragen haben.

42) So Peters, RJGG-Komm. zu § 3 Anm. 1 a.E.

43) Das hat zur Folge, daß die Gruppe der Heranwachsenden für das bearbeitete Thema nicht von Interesse ist und daher in der späteren Darstellung nicht erwähnt zu werden braucht.

B.) Historischer Überblick über das
strafrechtliche Irrtumsproblem.

1.) Die Behandlung des Fehlens des Unrechts-
bewußtseins (Verbotsirrtum) in Schrifttum
und Praxis vor der Entscheidung des Großen
Senats des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1952.

a) Von Kleinschrod und Feuerbach
bis zum Reichsgericht.

Die Geschichte des Strafrechts ist im großen und ganzen ein ständiger Rückzug des Vergeltungsgedankens.¹ Daher kommt es, daß erst im vergangenen Jahrhundert die Idee, zur Bestrafung sei ein Unrechtsbewußtsein des Täters erforderliche Voraussetzung, im Bereich der Strafrechtspflege Fuß fassen konnte. Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts hatte man sich um dieses Problem keine Gedanken gemacht, zumindest nicht in dem Ausmaße, daß die Strafrechtsprechung davon in irgendeiner Weise beeinflußt worden wäre. Die Negation des Unrechtsbewußtseins, der Strafrechtsirrtum, hatte bis dahin also nach allgemeiner Überzeugung den Täter nicht entschuldigt.

Die geschichtliche Entwicklung, dem Irrtum im Strafrecht Bedeutung beizumessen, nahm mit Kleinschrod² und Feuerbach³ ihren Anfang. Für die strafrechtliche Zurechnung einer Straftat stellte Kleinschrod auf die Erkenntnis der Strafbarkeit einer bestimmten Handlungsweise ab. Wenn die "Leidenschaften und Begierden des Täters größer sind als die Furcht vor den Gesetzen", dann ist das der Anlaß und Grund, "der die Gerechtigkeit zu strafen auffordert."⁴ Voraussetzung dafür ist logischerweise, daß der abzuurteilende Täter die Strafbarkeit der Tat kennt. Kleinschrod unterschied zwischen unwissenden Tätern, die von dem in Frage kommenden Verbot gar nichts wissen, und irrenden Tätern, die eine falsche Vorstellung von ihrer Tat haben. Er ging aber in seinem System nicht so weit, daß der unwissende oder irrende Täter wegen fehlender Schuld ohne Strafe

1) Nowakowski, Rittler-Festschrift S.84

2) "Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts" 1799

3) "Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts" 1799, 1800

4) Kleinschrod a.a.O. § 46

davon kam, denn Unwissenheit und Irrtum sollen nämlich "noch lange nicht bewirken, daß die Zurechnung wegfällt."⁵ Der Irrtum sei im allgemeinen schwerer behebbar als die Unwissenheit, und deshalb sei der Irrtum "weniger zuzurechnen."⁶ Indem Kleinschrod von dieser Wertung des psychologischen Vorstellungsprozesses im Bewußtsein des Täters ausging, kam er bereits zu einer eingehenden Untersuchung der Strafbarkeit des Irrtums.⁷

Auf Grund seiner "psychologischen Zwangstheorie" verlangte Feuerbach zur strafrechtlichen Schuld die Kenntnis der Strafbarkeit. In seinen Überlegungen⁸ ging Feuerbach nämlich davon aus, daß der Mensch nach größtmöglicher Lust strebe, die er in der Begehung einer bestimmten Tat zu befriedigen versuche. Seinem Verlangen werde aber die entgegengesetzte Richtung gegeben, nämlich die Handlung zu unterlassen, weil ein größerer Schmerz als die begehrte Lust in Form der Strafe nachfolge. So wirke das genaue Wissen, daß auf eine Straftat ein Übel folgen werde, welches größer sei als dasjenige, welches der Täter wegen der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses nach der Tat auf sich nehme, jedem rechtswidrigen Begehren entgegen. Auf diese Weise übe die Strafdrohung einen psychologischen Zwang auf den Menschen aus.⁹

Die notwendige logische Folge dieser Feuerbach'schen Voraussetzung allen Strafens wäre gewesen, daß bei irrtümlicher Nichtkenntnis der Strafbarkeit die subjektive Zurechnung der Tat ausgeschlossen ist. Aber ähnlich wie Kleinschrod wollte Feuerbach die subjektive Zurechnung nur in ganz bestimmten Sonderfällen wie z.B. bei Jugendlichen, Taubstummen, Geisteskranken und bei unverschuldeter Trunkenheit ausgeschlossen sehen,¹⁰ denn "bey einer jeden, dem Gesetz äußerlich widersprechenden Tat wird die Imputativität (= subjektive Zurechnung) so lange präsumiert, bis das Gegenteil erwiesen ist."¹¹ Das ist aber ganz offenbar ein großer Widerspruch zu den Prämissen der psychologischen Zwangstheorie. Feuerbach war zu dieser Ausnahme aus rechtspolitischen Erwägungen gezwungen, um seine Theorie mit ihrer

5) Kleinschrod a.a.O. § 135

6) " a.a.O. § 136

7) a.a.O. §§ 136ff. Näheres hierzu auch bei Köhler a.a.O. S.52ff

8) Revision Bd.I S.45ff

9) Ausführlich dargestellt bei Köhler a.a.O. S.52ff

10) Lehrbuch §§ 96ff

11) " § 98

Hilfe am Leben zu erhalten. Letztlich ist die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs an diesem Widerspruch zugrunde gegangen.¹²

Jedoch ging zunächst, hauptsächlich beeinflusst durch die Gedanken von Kleinschrod und Feuerbach, die in den einzelnen Gesetzbüchern der Territorialstaaten wiederkehren, die Entwicklung kontinuierlich weiter. Feuerbachs Strafgesetzbuch für Bayern von 1813 enthielt in Art. 39 I eine Begriffsbestimmung des Vorsatzes, worin es als erforderlich erachtet wurde, daß der Täter sich der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit seiner Handlung bewußt gewesen sei. Das entsprach völlig der theoretischen Strafbarkeitsvoraussetzung der psychologischen Zwangstheorie. Aber auch die wichtige Ausnahme dieser Theorie, die im Grunde die Regel war, wurde in Art. 71 des bayerischen StGB aufgenommen. Nach dieser Bestimmung wurde nämlich, wer "bei einer in diesem Strafgesetzbuch als strafbar erklärten Handlung seine Unwissenheit über das Dasein eines Strafgesetzes vor-schützt, mit diesem Vorgeben nicht gehört, wenn nicht Blödsinn, große Dummheit und andere dergleichen Gemütsfehler dieses Vor-geben unterstützen."¹³

Mit diesen Vorschriften stimmten die Art. 52 I und 65 des Oldenburgischen Strafgesetzbuchs von 1814 wörtlich überein. Das Criminalstrafgesetzbuch für das Königreich Hannover von 1840 be-zeichnete in Art. 41 I "den rechtswidrigen Vorsatz" als den "Ent-schluß zu der strafgesetzwidrigen Handlung mit dem Bewußtsein, daß sie unerlaubt sei."

Diese drei Gesetzbücher sind als die fortschrittlichsten bezüglich der Voraussetzung des Unrechtsbewußtseins zur Strafbar-keit anzusehen. In Bayern wurde allerdings durch Gesetz von 1848 der erwähnte Art. 39 aufgehoben. In den übrigen deutschen Staa-ten setzte sich die Feuerbach'sche Theorie nicht durch, und sie nahmen vorwiegend den gegenteiligen Standpunkt ein. So bestimm-ten die Strafgesetzbücher für Braunschweig von 1840 (§ 31), Hes-sen von 1841 (Art.41), Sachsen-Altenburg von 1841 (§ 68), Baden von 1845 (§ 73), die Thüringischen Staaten von 1852 (Art.63 III), Österreich von 1852 (§ 3) und Sachsen von 1855 (Art. 95 II) aus-drücklich, daß Unkenntnis des Strafgesetzes die Strafbarkeit nicht ausschließe.¹⁴

12) Köhler a.a.O. S.54

13) Zitiert bei Börker a.a.O. S.193

Vgl. auch für die im folgenden zitierten Gesetzestexte: Stenglein

14) Zitiert bei Börker a.a.O. S 143 und BGHS 2,194

a.a.O.

Es gab auch Kompromißlösungen wie z.B. in Art. 99 des Strafgesetzbuchs für Württemberg von 1839. Diese Bestimmung ließ eine Ausnahme dann zu, "wenn sich aus besonderen Umständen die völlige Schuldlosigkeit einer solchen Unkunde ergeben sollte."

Von besonderer Bedeutung, insbesondere für die spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde die Rechtsentwicklung in Preußen. Das "Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten" von 1794 hatte folgende Bestimmungen enthalten:

Einleitung § 12:

"Es ist aber jeder Einwohner des Staates sich um die Gesetze, welche ihn oder sein Gewerbe und seine Handlungen betreffen, genau zu erkundigen gehalten; denn es kann sich niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publizierten Gesetzes entschuldigen".

Einleitung § 13:

"Nur in dem Falle, wo vorhin erlaubte oder als gleichgültig angesehen Handlungen durch Strafgesetze eingeschränkt oder verboten werden, soll der Übertreter mit dem Einwand: daß er, ohne Vernachlässigung seiner Pflichten, vor der vollbrachten Tat von dem Verbote nicht unterrichtet gewesen, dennoch gehört werden."

Teil II, Titel 20, § 10:

"Eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit kann durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden."

Teil II, Titel 20, § 11:

"Sonst trifft die Strenge des Gesetzes nur den, welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig und imstande gewesen ist."

Das Verhältnis dieser sich zum Teil widersprechenden Vorschriften war seinerzeit umstritten,¹⁵ jedoch ist das in Hinsicht auf die weitere Entwicklung nicht von Bedeutung, weil die Bestimmung des § 13 Einl ALR durch eine königliche Deklaration vom 14.1.1813 und später durch das Gesetz betr. die Publikation der Gesetze vom 3.4.1846 als aufgehoben angesehen wurde.¹⁶

Der "Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten" von 1847 sah in seinem § 61 vor, daß "der Irrtum über

15) Vgl. einerseits Preuß. Obertribunal v. 11.5.1859 in GA 7,525; andererseits Preuß. Obertribunal v. 4.9.1863 in GA 11,789

16) Vgl. letzteres Urteil!

das Dasein des Strafgesetzes oder über die Art und Größe der im Gesetz angedrohten Strafe" die Zurechnung nicht ausschließe.¹⁷ In dem Entwurf von 1850 fehlte dagegen eine derartige Vorschrift, jedoch nicht etwa deswegen, weil man inzwischen zur gegenteiligen Auffassung gekommen war, sondern weil "die Unwirksamkeit des Rechtsirrtums schon gemeinen Rechts" sei.¹⁸

In § 44 behandelte das "Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten" vom 14.4.1851¹⁹ nur den Irrtum über "besondere Eigenschaften in der Person des Täters oder derjenigen, auf welche sich die Tat bezog", oder über die "besonderen Umstände, unter welchen die Handlung begangen wurde", und bestimmte, diese seien dem Täter nicht zuzurechnen. Wegen der erwähnten Entstehungsgeschichte wurde diese Vorschrift aber nicht auf einen Rechtsirrtum angewendet, durch den der Täter das strafrechtliche Verbot bzw. Gebot nicht erkannt hatte.²⁰

Schließlich hob das Einführungsgesetz vom 14.4.1851 in Art. II den Teil II, Titel 20 des Allgemeinen Landrechts, der die oben angeführten Bestimmungen über die Unkenntnis der Strafgesetze enthalten hatte, ausdrücklich auf.²¹

Das Preußische StGB wurde über das StGB für den Norddeutschen Bund vom 31.5.1870 das Vorbild des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 18.5.1871, nachdem inzwischen im Jahre 1861 in Bayern ein dem preußischen ähnliches neues StGB erlassen worden war.²² Durch eine Verbesserung der Fassung des § 44 des Preußischen StGB entstand schließlich ohne Änderung des Inhalts der heutige § 59 StGB.²³

Diese gesamte Rechtsentwicklung war die Grundlage, auf der das Reichsgericht aufbaute, als es ziemlich bald nach seiner Gründung und in der Folgezeit immer wieder mit der Frage des Rechtsirrtums im Strafrecht befaßt wurde. Das Reichsgericht ging zunächst von der aus dem römischen Recht stammenden Unterscheidung zwischen Tatirrtum (error facti) und Rechtsirrtum (error iuris) aus (Digestae 22,6,9). Der Tatirrtum war beachtlich, der Rechtsirrtum entschuldigte nur zum Teil. Der Grundsatz für die Behandlung des Rechtsirrtums, von welchem das Reichsgericht

17) Vgl. "Gutachten der zur Vorbereitung ernannten Abteilung des Vereinigten Ständ. Ausschusses betr. den Entwurf eines StGB für die Preuß. Staaten von 1847" S.27

18) Börker a.a.O. S.194

19) Bei Stenglein a.a.O. S.101

ausging, wurde bereits in einer der ersten Entscheidungen²⁴ ausgesprochen und mehr oder weniger bis zuletzt beibehalten: "Das Strafgesetz fordert für seine Anwendung mehr nicht, als daß der Täter das Bewußtsein derjenigen Umstände gehabt habe, in welchen das Gesetz die Merkmale einer strafbaren Handlung erblickt ... Es kann nicht gefordert werden, daß der Täter sich der Rechtswidrigkeit, des Unerlaubtseins seiner Handlung bewußt gewesen sein müsse." Diese These des Reichsgerichts wurde dadurch praktikabel gemacht, daß zwischen "strafrechtlichem" und "außerstrafrechtlichem" Rechtsirrtum unterschieden wurde. Der strafrechtliche Rechtsirrtum bezog sich auf Rechtsbegriffe, die im Strafgesetzbuch selbst aufgenommen waren und war grundsätzlich unbeachtlich,²⁵ der außerstrafrechtliche bezog sich auf Rechtsbegriffe außerhalb des StGB und konnte berücksichtigt werden.²⁶ Das Reichsgericht stellte mit dieser Unterscheidung also nicht auf den Kenntnisinhalt, sondern auf die Kenntnisgrundlage ab.²⁷ Die Folge davon war, daß ein unverschuldeter Rechtsirrtum zur Bestrafung führte, obwohl ein Schuldvorwurf gegen den Täter nicht erhoben werden konnte. Damit wurde der unabdingbare Grundsatz allen Strafens, daß Strafe Schuld voraussetzt, verletzt.

Gegen diesen Standpunkt des Reichsgerichts, das damit "in der Wissenschaft so einsam und verlassen dasteht, wie in keiner anderen wichtigen Frage,"²⁸ lief die Rechtslehre Sturm, zumal diese Rechtsprechung mit ihrer undurchführbaren Scheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum sowie der fast willkürlichen Annahme bald des einen, bald des anderen, um zu billigen Ergebnissen zu kommen, zu einer großen Verworrenheit und Rechtsunsicherheit führte.²⁹

20) Preußisches Obertribunal v. 11.5.1859 in GA 7,525

21) BGHSt 2,199 = BGH JZ 52,337

22) Börker a.a.O. S.194

23) Vgl. "Motive zu dem Entwurf eines StGB für den Norddt. Bund" S.105

24) RGSt 2,269

25) z.B. RGSt 2,269; 8,183; 20,394; 40,326; 52,84; 52,264; 53,85; 57,172; 57,206; 57,236; 57,367; 58,11; 58,62; 61,271; 61,431; 62,297; 63,432; 64,392; 65,57; 68,243; 71,326; 72,309; 74,212

26) z.B. RGSt 8,104; 10,236; 42,27; 57,17; 60,57; 60,362; 64,26; 72,133

27) Mezger, Studienbuch, 2.Aufl. S.179

28) v.Hippel, "Bewußtsein d. Rechtswidrigkeit" S. 5

29) Ksoll a.a.O. S. 81; vgl. dazu auch besonders Kohlrausch "Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht", Berlin 1903 (insbes. §14)!

Gewisse Ausnahmen ließ allerdings das Reichsgericht zu, wo nämlich das Wort "rechtswidrig" im Strafgesetz ausdrücklich enthalten war (z.B. bei den §§ 123, 239, 240, 303 StGB).³⁰ Jedoch war das Reichsgericht begreiflicherweise in der Sache bemüht, überall da, wo es den Irrtum für entschuldigbar hielt, einen außerstrafrechtlichen, beachtlichen Rechtsirrtum anzunehmen, und überall dort, wo es den Irrtum für unentschuldigbar hielt, ihn für einen strafrechtlichen, unbeachtlichen zu erklären.³¹

Als Beispiel für ungezählte Kritiken, denen sich das Reichsgericht wegen dieser Rechtsprechung ausgesetzt sah, möge diejenige von v.Hippel dienen, welche die tiefe Verbitterung der Mehrheit der damaligen Rechtsgelehrten gegen die den Schuldgrundsatz verletzenden Praktiken des obersten deutschen Gerichts veranschaulicht.³²

Allein bis 1922 seien 250 Reichsgerichtsurteile über Rechtsirrtümer veröffentlicht worden. Welche Rechtsunsicherheit ergebe sich daraus! "Im Auslande ist diese Unterscheidung (strafrechtlicher - außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum) ebenso unbekannt wie in der deutschen Vergangenheit; unbekannt war sie auch in den ersten Jahren der Tätigkeit des Reichsgerichts selbst. Sie ist dann allmählich aufgetaucht. Eine ernsthafte wissenschaftliche Begründung hat sie bisher in keinem Urteil des Reichsgerichts erfahren. Kritisch muß man, glaube ich, sagen: Der Standpunkt des Reichsgerichts ist nicht geeignet, uns für die Gegenwart und Zukunft etwas zu nützen; denn er ist in der Grundlage unrichtig, in der Durchführung vollkommen unsicher und willkürlich. ... Auch der beste Jurist kann heute nicht voraussagen, ob das Reichsgericht irgendeinen Irrtum für einen strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen erklären wird. Ich habe den Verdacht, daß vielleicht manchmal die Mitglieder des Senats selbst das nicht voraussagen können, bis im Beratungszimmer vielleicht mit 4 gegen 3 Stimmen die entsprechende Abstinimmung stattgefunden hat."

Die Rechtswissenschaft war sich Ende des 19. Jahrhunderts im großen und ganzen in ihrer Ablehnung des Reichsgerichtsstandpunktes einig.³³ Man schlug das Unrechtsbewußtsein in dieser Zeit allgemein zum Vorsatz. Jedoch konnte über den Inhalt des

30) Vgl. z.B. RGSt 49,140; 58,247; 73,278

31) Welzel in JZ 52,208 und v.Hippel, Lehrbuch II S.344

32) "Bewußtsein d. Rechtswidrigkeit" S. 3, 5, 8

Begriffes des Unrechtsbewußtseins keine Übereinstimmung erzielt werden. Im wesentlichen bildeten sich insgesamt fünf Meinungen heraus:³⁴

- 1) Zum Vorsatz gehört das aktuelle Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (Binding, Beling, Olshausen).
- 2) Zum Vorsatz gehört das aktuelle Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit (zu Dohna, P. Merkel).
- 3) Zum Vorsatz gehört das aktuelle Bewußtsein der Sozialschädlichkeit (Hegler, v.Liszt-Schmidt, Sauer, Erik Wolf, Mezger, Schönke).
- 4) Zum Vorsatz genügt die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit (Seuffert, v.Hippel).
- 5) Zum Vorsatz genügt die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit (Frank, Kohlrausch, M.E.Mayer).

Im einzelnen braucht auf diese Ansichten hier nicht eingegangen zu werden. Es lassen diese verschiedenen Meinungen jedoch eines erkennen: Das Unrechtsbewußtsein wird in dieser oder jener Form für beachtlich gehalten und über kurz oder lang mußte ein Umschwung auch in der Praxis bezüglich dieser wichtigen Irrtumsfrage erfolgen.

Dessen ist man sich auch im Reichsgericht selbst bewußt gewesen. In der letzten Zeit seines Bestehens soll das Reichsgericht zu einer Revision seiner Irrtumsrechtsprechung geneigt haben,³⁵ ist aber zur tatsächlichen Ausführung nicht mehr geschritten. Wenn das Reichsgericht trotz Erkenntnis der Mängel seiner Rechtsprechung in dieser Frage hartnäckig an der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums festhielt, so tat es das, weil es die ihm von der Wissenschaft angebotene Alternative, Unrechtsbewußtsein als Vorsatzinhalt, für praktisch unbrauchbar hielt.³⁶ Das Reichsgericht erachtete das Irrtumsproblem für in der Wissenschaft noch nicht hinreichend geklärt, und in der Tat war, wie oben gezeigt, auch noch keine klare Linie erkennbar.³⁷

33) Für diesen im Ergebnis z.B. von Ferneck a.a.O. S.95f
Später auch: Winnefeld a.a.O.S.365; Wegner Festschrift für Raape S.401; Radbruch SJZ 47,634

34) Zitiert nach Sperr a.a.O. S.17

35) Schwarz-Dreher, 23.Aufl.1961, § 59 Anm. 2 A

36) v.Weber, Mezger-Festschrift S.183

37) Hartung in NJW 52,761

b.) Von Binding und Frank bis
zum Bundesgerichtshof.

Erst mit Karl Binding³⁸ ist der Wissenschaft und Praxis das Problem des eigentlichen Unrechtsbewußtseins in seiner vollen rechtsdogmatischen und rechtsphilosophischen Bedeutung bewußt geworden. Wenn Binding forderte, der Vorsatz müsse das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit umfassen, so ergab sich das zwingend aus seiner Normentheorie: Das Delikt ist seinem Wesen nach nichts weiter als Normwidrigkeit. Die Norm als solche hat selbständigen Charakter, das Strafgesetz ist der grundlegenden Norm nachgeordnet. "Ist das positive Recht aber nicht Ausdruck des vom Gemeinbewußtsein als strafwürdig Erkannten, also in die objektive Sittlichkeit eingebettet, sondern spricht sich umgekehrt das Rechtsbewußtsein der Allgemeinheit nur in der positiven Norm aus,³⁹ so entsteht die konkrete Gehorsamspflicht auch erst durch die Kenntnis von Dasein und Inhalt der Norm."⁴⁰ Wenn also das Recht vom Menschen Gehorsam verlangt, so setzt es auf Seiten des Gehorchenden "notwendig die Vorstellung voraus, aus welcher der Gehorsam entspringen kann: die Vorstellung eben, daß ein solcher autoritativer Wille bestimmten Inhalts existiere."⁴¹ Wer also keine Kenntnis von der Norm besaß, die er übertrat, kann deshalb auch nicht strafbar sein, weil derjenige, für den die Pflicht noch gar nicht entstanden ist, sie weder erfüllen noch verletzen kann.⁴²

Diese Gedanken Bindings und die auf diesem Wege erzielten Ergebnisse auf rechtsdogmatischem Gebiet führten praktisch aber nicht ganz so weit, wie es den Anschein haben könnte, denn Binding hält die Berufung auf Normunkenntnis in den allermeisten Fällen für eine "plumpe, durchsichtige Lüge", weil jeder die Kenntnis der wichtigsten Rechtspflichten "mit der Luft einatme."⁴³ Jedoch nahm mit Binding das rechtsdogmatische Problem des Unrechtsbewußtseins für die Rechtslehre konkretere Gestalt an, als es bisher der Fall gewesen war. Auf seinem Gedankengut konnte die sog. Vorsatztheorie entstehen.

38) "Die Normen und ihre Übertretung", 4 Bände; hierzu vgl. auch Armin Kaufmann, "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie".

39) a.A. z.B. Radbruch SJZ 47,634

40) Normen II 1, S.140

41) " II 1, S.144

42) " II 1, S. 147; vgl. auch Köhler a.a.O. S.17f

43) " II 1, S. 194

Reinhard Frank gab der Entwicklung von einer anderen Seite großen Aufschwung, und zwar über den Schuldbegriff. Seit jeher ist die Behandlung der Irrtumsproblematik eng verbunden mit der Auffassung des einzelnen Rechtsgelehrten von Begriff und Wesen der strafrechtlichen Schuld. Eine Untersuchung, ob und inwieweit der Irrtum des Täters seine Schuld beseitigt, ist "ohne Klärung der Stellung der Schuld im Verbrechensaufbau, ohne Auffinden der sie bildenden Elemente, ohne eine Beantwortung der Frage nach ihrem Wesen" undurchführbar.⁴⁴

Die klassische Strafrechtsdogmatik ging von der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Seite des Verbrechens aus.⁴⁵ Die äußere Seite stellt dabei die objektive Seite der Tat, also die eigentliche Tatbestandsmäßigkeit dar und mit ihr wird die Rechtswidrigkeit konstituiert. Die innere Seite stellt die subjektive Komponente, die Schuld dar, die die psychische Beziehung des Täters zur äußeren Seite der Tat ist, also gewissermaßen das Bindeglied schafft. Weil aber eine Reihe von Delikten ohne subjektive Unrechtselemente nicht denkbar ist, zeigte sich bald, daß die Scheidung in äußere und innere Tatseite undurchführbar war.

Den neuen Begriff, der das Wesen der Schuld treffend wiedergab, fand Reinhard Frank in der Vorwerfbarkeit als normativem Beziehungsbegriff.⁴⁶ Ihm folgten bald Beling,⁴⁷ Adolf Merkel,⁴⁸ Freudenthal,⁴⁹ James Goldschmidt⁵⁰ und die gesamte herrschende Lehre.⁵¹ Mit der Geburt dieses neuen Schuldbegriffs war der Weg frei für die dogmatische Entwicklung der sog. Schuldtheorie, auf Grund welcher der Bundesgerichtshof dann später bereit war, die Reichsgerichtsrechtsprechung offiziell aufzugeben.

aa) Die verschiedenen Irrtumstheorien in der Lehre.

Da das Strafgesetzbuch zur Frage des Verbotsirrtums keine Stellung nimmt, - es befaßt sich in § 59 StGB lediglich mit der Nichtkenntnis von Tatumständen, "welche zum gesetzlichen

44) Geisler a.a.O. S.16

45) Richard Busch, "Moderne Wandlungen.." S.1-13

46) StGB-Kommentar Vorbem.II zu § 51 und in der Festschr.f.d.jur. Fakultät von 1907 S.529 (Auf diesen Begriff geht der BGH in seinem Beschluß v. 18.3.1952 genauer ein, so daß sich eine Darstellung an dieser Stelle erübrigt).

47) 48) 49) 50) a.a.O.

51) Zum Ganzen vgl. auch Geisler a.a.O. S.16ff

Tatbestand gehören" -, der Verbotsirrtum von einer positiven Regelung also ausgeschlossen ist, wurde in der Folgezeit eine Vielzahl von Meinungen zum Problem des Fehlens des Unrechtsbewußtseins vertreten, die hier nur in knappster Kürze angeführt werden sollen. Es handelt sich in der Hauptsache um vier Theorien, die auf zwei Grundtheorien zurückzuführen sind und sämtlich auch heute noch vertreten werden.

Allen vier Theorien ist gemeinsam der Begriff des Unrechtsbewußtseins: Das Bewußtsein, Unrecht zu tun, hat der Täter dann, wenn er sich des Widerspruchs seines Handelns oder Unterlassens zu den Normen, welche für das Zusammenleben der Menschen in der Gesellschaft unentbehrlich sind, bewußt ist; erforderlich und genügend ist das Bewußtsein, gegen die vom Staate aufgestellte Ordnung zu verstoßen. Dieses Bewußtsein liegt also nicht nur dann vor, wenn der Täter weiß, daß er gegen ein Gesetz verstößt; Unrecht ist nicht im Sinne des formal Gesetzwidrigen zu fassen.⁵² Treffend hat dies einmal das schweizerische Bundesgericht ausgesprochen: Nach ihm liegt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit⁵³ dann vor, "wenn der Täter das Empfinden gehabt hat, gegen das Recht zu verstoßen, sei es gegen subjektive Rechte anderer oder gegen andere Gebote der Rechtsordnung, sei es auch ohne genauere Vorstellung einfach gegen das, was Recht ist. Es handelt sich also lediglich um das Bewußtsein, unrecht zu handeln."⁵⁴ Es genügt aber nach allgemeiner Auffassung nicht, daß das Unrechtsbewußtsein in irgendeiner Hinsicht vorliegt, sondern es muß sich auf einzelne Tatbestandsmerkmale beziehen, wenn auch in einer "Parallelwertung in der Laiensphäre".⁵⁵ Unrechtsbewußtsein ist aber keineswegs gleichbedeutend mit dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit oder gar der Strafbarkeit.⁵⁶ Gemeinsam ist allen Theorien auch die These, daß das Unrechtsbewußtsein an sich der Kern des strafrechtlichen Schuldvorwurfs bildet.

Allgemein wird seit dem bahnbrechenden Aufsatz von Welzel⁵⁷ auch zwischen Tatbestandsirrtum, d.h. Irrtum über Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes (unbestritten unter § 59 StGB fallend)

52) Schönke in DRZ 46,102

53) Die Begriffe "Unrechtsbewußtsein" und "Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" sollen synonym gebraucht werden, da ein Unterschied, der sich praktisch auswirkt, nicht besteht.

54) Entsch.d.schweiz.Bundesgerichts Bd.60,Teill,S.418

55) BGHSt 10,35

56) Schönke in DRZ 46,102

57) SJZ 48,368ff

und Verbotsirrtum, d.h. Irrtum über das Verbotensein der Tat, unterschieden. Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bilden heute ein absolut anerkanntes Begriffspaar.

Jedoch liegen die Unterschiede der vier Theorien⁵⁸ in der Stellung des Unrechtsbewußtseins im Verbrechenaufbau und der sich daraus ergebenden Behandlung des Verbotsirrtums:

1. "Strenge Vorsatztheorie."

Hauptvertreter dieser Theorie, welche auf Binding⁵⁹ zurückgeht, sind Schröder,⁶⁰ Lang-Hinrichsen,⁶¹ Oehler,⁶² mit einer gewissen Abweichung auch Bindokat⁶³ und Lindner,⁶⁴ ferner noch Beyerlein⁶⁵ und Neidlinger.⁶⁶ Sie begreifen die Kenntnis der Rechtswidrigkeit als einen der Kenntnis der Tatumstände gleichstehenden Bestandteil des Vorsatzes, d.h. das Unrechtsbewußtsein gehört zum Vorsatz notwendigerweise dazu. Bei Bindokat ist die Rechtswidrigkeit selbst Tatbestandsmerkmal. Erforderlich ist stets aktuelles Unrechtsbewußtsein, damit die Tat sich als vorsätzliche darstellt, d.h. der Täter muß sich im Augenblick der Tat tatsächlich des Unrechts, welches er begeht, bewußt sein. Die logisch-konsequente Folge dieser Auffassung ist die Tatsache, daß ein Unterschied zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum nur begrifflich, nicht aber juristisch besteht und daß auch der Verbotsirrtum genau wie der Tatbestandsirrtum nach § 59 StGB zu behandeln ist. Ein Verbotsirrtum ist nach der strengen Vorsatztheorie also nur dann strafbar, wenn er auf Fahrlässigkeit beruht und das Delikt auch bei fahrlässiger Begehungsweise unter Strafe gestellt ist (§ 59 II StGB).

Begründet wird diese Auffassung damit, daß wegen der normativen Tatbestandsmerkmale,⁶⁷ die, um im Sinne Max Ernst Mayers^{67a} zu sprechen, gewissermaßen mit einem Fuß bereits in der Rechtswidrigkeit stehen, eine exakte Scheidung von Sein und Sollen, von Objekt der Wertung und Wertung des Objekts und daher von Tatbestand und Verbot nicht möglich sei. Nicht der Gegenstand, sondern allein

58) Es werden hier die Namen der Theorien benutzt, welche sich in Schrifttum und Rechtsprechung eingebürgert haben.

59) Normen III S.299ff

60) MDR 50,646ff; 51,387ff; 53,70ff; ZStrW 65,178ff; Sauer-F.schr S.246

61) JR 52,184ff; 52,302ff; 52,356ff; JZ 53,362ff; ZStrW 63,332ff

62) JR 51,69ff; Festschr.f.Dt.Jur.Tag 1955 S.268

63) JZ 53,71ff; 53,748ff

64) NJW 52,854ff

65) a.a.O.

66) a.a.O. S.107ff

67) Vgl. dazu insbes. Engisch im der Mezger-Festschrift S.127ff!

67a) M.E.Mayer: "Der allg. Teil des deutschen Strafrechts" 2.Aufl. 1923 S.182!

die Folge des Irrtums sei entscheidend: ob er nämlich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließe oder nicht. Da aber jeder Tatbestandsirrtum immer zugleich auch ein Verbotsirrtum sei, weil nämlich der Tatbestandsirrtum den Täter auch das Verbotensein seiner Handlung verkennen lasse, könne es nicht für die rechtliche Folge darauf ankommen, ob der Irrtum über das Verbot ein unmittelbarer oder mittelbarer sei.

2. "Eingeschränkte Vorsatztheorie."

Diese Theorie, die sich die Grundsätze der strengen Vorsatztheorie zu eigen macht und auf ihnen aufbaut, wird von Schönke,⁶⁸ H. Mayer,⁶⁹ W. Sauer,⁷⁰ hauptsächlich aber von Mezger⁷¹ vertreten. Letzterer will den großen Nachteil der strengen Vorsatztheorie, der in der Praxis darin besteht, daß zu viele Täter straffrei ausgehen, weil nur die wenigsten Delikte des Strafgesetzbuchs auch bei fahrlässiger Begehungsweise strafbar sind, dadurch vermeiden, daß er in gewissen Fällen nicht am Erfordernis des aktuellen Unrechtsbewußtseins festhält. "Ein Irrtum des Täters über die Rechtswidrigkeit der Tat ist dann unbeachtlich, wenn er auf einer Einstellung des Täters beruht, die mit einer gesunden Auffassung von Recht und Unrecht unvereinbar ist, und hieraus dem Täter ein Vorwurf gemacht werden kann. Diese Abwehr der "Rechtsfeindschaft" und die Bestrafung der "Rechtsblindheit" folgt einem allgemeinen Prinzip des Rechts."⁷² Zur Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt soll also potentielle, d.h. aktualisierbare Verbotskenntnis dann genügen, wenn diese aus einer rechtsfeindlichen Gesinnung und Einstellung des Täters heraus nicht zu einer aktuellen geworden ist. Auf jeden Fall genügt dabei eine "Parallelwertung in der Laiensphäre".⁷³ Die Vertreter der eingeschränkten Vorsatztheorie legen Wert darauf, so verstanden zu werden, daß lediglich die Bestrafung in diesen Fällen wie bei Vorliegen einer Vorsatztat erfolgen soll, nicht aber die Tat als solche als eine vorsätzliche behandelt wird.⁷⁴

68) Kommentar 6.Aufl. § 59 I

69) Lehrbuch 1953 S.249

70) ZStrW 69,9ff

71) NJW 51,500ff; 51,869ff; 53,2ff; JZ 52,673ff; Lehrbuch S.183f; Festschrift für Kohlrausch S.180

72) Mezger Studienbuch S. 183f; zu den Begriffen "Rechtsfeindschaft" und "Rechtsblindheit" vgl. auch Polonski a.a.O. S.57ff

73) Mezger Studienbuch S.179

74) Mezger Moderne Wege.. S.44

3. "Strenge Schuldtheorie".

In der Lehre hat diese auf Adolf Merkel⁷⁵ zurückgehende Theorie außerordentlich viele Anhänger gefunden, insbesondere diejenigen, welche Anhänger der finalen Handlungslehre⁷⁶ sind wie z.B. Welzel,⁷⁷ Niese,⁷⁸ Maurach⁷⁹ (Sonderform der Tatverantwortungslehre⁸⁰) und Armin Kaufmann.⁸¹ Aber auch eine große Anzahl anderer Autoren hält die strenge Schuldtheorie für die beste: Eberhard Schmidt,⁸² Bockelmann,⁸³ Heitzer,⁸⁴ Warda,⁸⁵ Cüppers,⁸⁶ Fukuda.⁸⁷ Fußend auf den Arbeiten des Grafen zu Dohna,⁸⁸ der meinte, daß es logisch widerspruchsvoll sei, das Verbotensein als Tatbestandsmerkmal zu behandeln, wie es die Vorsatztheorie tun müsse, weil die Verwirklichung des Tatbestandes gerade Gegenstand des Verbotes sei - der Vorsatz selbst sei farblos und könne keineswegs das Unrechtsbewußtsein enthalten - kommt die strenge Schuldtheorie zu der Folgerung, daß grundsätzlich zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum zu unterscheiden sei. Ersterer schließe den Vorsatz aus, letzterer, wenn er unvermeidbar war, die Schuld; wenn er vermeidbar war, mindere er die Schuld nach Versuchsgrundsätzen. Statt eines aktuellen Unrechtsbewußtseins müsse ein potentielles genügen, welches ein neben dem Vorsatz stehendes selbständiges Element der Schuld sei. Der Vorsatz bleibt also nach dieser Theorie bei Vorliegen eines Verbotsirrtums unberührt.

Die strenge Schuldtheorie begründet ihre These aus der "sachlogischen Struktur" der strafrechtlichen Schuld: Der rechtswidrige Handlungswille sei der Gegenstand des Schuldvorwurfs. Dieser Wille werde dem Täter in dem Maße vorgeworfen, wie ihm die Rechtswidrigkeit der Tat zum Bewußtsein kommen und sinnbestimmen- des Gegenmotiv werden konnte. Im Falle voll vorhandenen Unrechtsbewußtseins sei der Schuldvorwurf am größten, weil hier dem Täter die Möglichkeit sinngemäßer Selbstbestimmung am leichtesten falle. Der infolge mangelnder Gewissensanspannung vermeidbare Verbotsirrtum mildere die Vorwerfbarkeit je nach dem Maße seiner Entschuldbarkeit.⁸⁹

75) a.a.O. S.81ff

76) Zu dieser Lehre vgl. insbes. einerseits Welzel Neues Bild... und andererseits Engisch "Der finale Handlungsbegriff" a.a.O.

77) SJZ 48,368ff; MDR 51,65; NJW 51,577ff; JZ 52,597; 53,266ff; JZ 55,142; Lehrbuch S.136ff; Neues Bild...; "Aktuelle Str.probl.

78) DRiZ 51,221ff; 52,21ff

79) Lehrbuch I S.373f

4. "Eingeschränkte Schuldtheorie".

Sie ist heute in der Praxis herrschend und auch viele Autoren des Schrifttums haben sich ihr angeschlossen: v.Hippel,⁹⁰ v.Weber,⁹¹ Busch,⁹² Schaffstein,⁹³ Lange,⁹⁴ Arthur Kaufmann,⁹⁵ Hartung⁹⁶ und wohl auch Engisch.⁹⁷ Im Grunde stimmt sie mit der strengen Schuldtheorie überein, jedoch macht sie eine Ausnahme bei dem Irrtum über das tatsächliche Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts.^{97a} Dieser ist als "Sachverhaltsirrtum" ein Unterfall des Tatbestandsirrtums und gemäß § 59 StGB zu behandeln. Es ist nicht zu verkennen, daß damit die Lehre von den "negativen Tatbestandsmerkmalen" in neuer Form wieder zu Ehren gekommen ist.

Der grundsätzliche Unterschied zwischen den beiden Haupttheorien liegt damit also in der Wahl des dogmatischen Standorts des Unrechtsbewußtseins: Nach der einen Auffassung soll der Vorsatz, nach der anderen die Schuld im engeren Sinne den Sitz des Unrechtsbewußtseins bilden. Daraus ergibt sich dann auch, daß für jene Meinung ein aktuelles, d.h. im Zeitpunkt der Tat vorhandenes, Unrechtsbewußtsein erforderlich ist, während für diese ein potentiell, aktualisierbares Unrechtsbewußtsein, d.h. die konkrete Möglichkeit für den Täter, das Unrecht der Tat zu erkennen, ausreichend ist, um ihm die Tat vorwerfen zu können.

80) "Die Verletzung der Durchschnittsanforderungen begründet als erste Stufe der Zurechenbarkeit die Tatverantwortung; erst das Zurückbleiben hinter den dem konkreten Täter zumutbaren Ansprüchen löst als 2. Stufe der Zurechenbarkeit das Vorwurfsurteil Schuld aus." (Lehrb.S.291ff) Hinsichtlich dieses Systemumbaus durch die finale Handl.lehre vgl.: Mezger Moderne Wege.. S.26; Engisch SJZ 49,735; DRZ 49,215; Hartung NJW 50,300f; Jagusch SJZ 50,75; Busch DRZ 49,215; Nowakowski ZStrW 63,295,307; Lang-Hinrichsen ZStrW 63,333,337; Sauer DRZ 49,216.

81) JZ 55,37ff

82) JZ 56,190

83) NJW 50,830

84) NJW 53,210

85) JR 50,549; ZStrW 71,252ff

86) NJW 49,4; NJW 49,291

87) JZ 58,143ff

88) "Die Elemente des Schuldbegriffs" GS 65,304ff; "Die Rechtswidrigkeit", 1905 S.26; "Recht und Irrtum" 1925

89) Welzel in SJZ 48,368ff

90) Lehrbuch Bd.2 S.194,350

91) JZ 51,260; Mezger-Festschrift S.183ff

92) Mezger-Festschrift S.165,180f

93) MDR 51,200

94) JZ 53,9ff

95) JZ 56,353ff, 393ff

96) NJW 52,761ff; JZ 55,663ff; vorher aber strenge Schuldtheorie in NJW 51,211 und Vorsatztheorie in DRZ 49,342f

97) ZStrW 66,374,380: "Diese Lösung halte ich selbst für praktisch brauchbar." Ferner in Festschr.z.100jähr.Dt.Jur.Tag S.401ff.

97a) Ebenso neuerdings beim Irrtum über die Garantenstellung, anders b.I.ü.d. Garantenpflicht (BGH GrStrSen v.29.5.61 NJW 61,1682).

5. Als Außenseiter in der Irrtumsdogmatik
seien noch genannt:

- a) diejenigen, welche den Standpunkt des Reichsgerichts vertreten und verteidigen:
Radbruch,⁹⁸ Winnefeld,⁹⁹ Wegner.¹
- b) diejenigen, die eine von den Standardtheorien völlig abweichende Meinung haben:
 - aa) Hall,² der alle Theorien ablehnt und das Irrtumsproblem als eine Frage der Strafzumessung auffaßt.
 - bb) Otto Schwarz,³ Günther Schwarz⁴ und Arndt,⁵ die im Verbotssirrtum nicht einen Schuldauusschließungs-, sondern einen bloßen Strafausschließungsgrund sehen.⁶
 - cc) Köhler⁷ rechnet das Unrechtsbewußtsein weder zum Vorsatz noch zur Schuld, sondern gibt ihm den dogmatischen Standort in der Schuldfähigkeit, indem er neben der allgemeinen Zurechnungsfähigkeit (§§ 3 JGG, 51 StGB) noch in jedem Falle eine besondere Einsichtsfähigkeit des Täters verlangt.
 - dd) Salm⁸ entwickelte eine "objektivistische Schuld- und Irrtumstheorie": "Es ist vom Erfolg, vom Eindruck des Tatbildes auszugehen und rückschließend zu fragen, ob der hier tätig gewordene Handlungswille ... nach allgemeinemenschlichem Urteil 'notwendig' zugleich an dem Schädlichen und Bösen dieses Erfolgsbildes teilgenommen habe oder nicht; bei dieser am Rückschluß gewonnenen 'Feststellung' ... spricht das Vergeltungsbedürfnis maßgeblich mit."

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, zur Lehre von den "negativen Tatbestandsmerkmalen" Stellung zu nehmen,⁹ da dieses Problem viel zu speziell und vielschichtig ist und an die Wurzeln unseres gesamten Strafrechtssystems heranreicht.

98) SJZ 47,634

99) DRZ 47,365

1) Raape-Festschrift S.401ff

2) Mezger-Festschrift S.229ff

3) NJW 55,526; 56,1906; Kommentar Anhang zu § 59 Kap.3 Anm.2

4) NJW 52,1082

5) NJW 49,291(am Ende)

6) Dagegen durchschlagend Vianden-Grüter in NJW 55,1057ff und Hartung in JZ 55,663

7) a.a.O. S.74

8) ZStrW 69,522ff(542)

9) Bejahend: Mezger NJW 53,6; 51,500; Stud.buch S.107ff; Busch Mezger-Festschrift S.180f; H.Mayer Strafr.Allg.Teil S.264; Engisch Mezger-Festschrift S.133; Arthur Kaufmann JZ 54,653ff; JZ 56,353ff; 56,393ff; Engisch ZStrW 66,380; 70,566ff; Festschrift z.100jähr.Dt.Jur.Tag 1960 S.406; Lange JZ 53,15; v.Weber JZ 51,260; Mezger-Festschr. S.183ff; Schaffstein MDR 51,196;

Weiter kann nicht die Frage näher beleuchtet werden, welche der Irrtumstheorien den Vorzug verdient, zumal das ein müßiges Unterfangen wäre, weil in dogmatischer Hinsicht wohl alle Theorien, abgesehen von den Außenseitern, mit guten Argumenten vertretbar sind.¹⁰ Die Vorzüge der Schuldtheorien überwiegen aber zumindest in praktischer Hinsicht.¹¹ Es sollten hier nur die verschiedenen Ansichten dargestellt werden, die sich mit dem Problem des Unrechtsbewußtseins befassen. Gerade weil diese verschiedenen Auffassungen vertreten wurden, hat sich die Diskussion an diesem schwisrigen Gegenstand des Verbotsirrtums besonders stark entzündet und schließlich zur klärenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs geführt.

bb) Der Niederschlag der Theorien in
Entwürfen, Gesetzen und der Rechts-
sprechung vor dem Plenarbeschluß
des BGH vom 18.März 1952.

Interessant ist es zu verfolgen, in welcher Weise und wie häufig sich die eine oder andere Theorie - hier sollen nur die zwei völlig entgegengesetzten Grundtheorien gegenübergestellt werden - in den Entwürfen zu einem Strafgesetzbuch, in Gesetzen und in der Rechtsprechung bis zum Plenarbeschluß des BGH durchgesetzt hat. Es ist dabei nämlich festzustellen, daß Lösungen im Sinne der Vorsatztheorie und solche im Sinne der Schuldtheorie ständig miteinander abgewechselt haben.

Der Entwurf zu einem Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1909 nahm noch ganz im Sinne der Rechtsprechung des Reichsgerichts Stellung, ging also von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtum aus.¹² Der Entwurf von 1911 kommt dagegen bereits in § 23 und § 347 II der Lösung der Vorsatztheorie nahe.

Verneinend: Welzel Neues Bild S.53ff; Aktuelle Strafr.probl. S.13ff; NJW 51,577; MDR 52,584ff; NJW 52,564ff; Niese DRiZ 52,23; 53,20ff; Hartung JR 50,546; NJW 51,212; 52,761ff; früher wohl bejahend DRZ 49,342; NJW 50,512; Eb.Schmidt SJZ 50,837; JZ 56,190; Maurach Lehrb.I S.408; Sperr a.a.O.S.148; Bockelmann NJW 50,830; Warda JR 50,546; Fukuda JZ 58,143; Schröder MDR 53,70; Armin Kaufmann JZ 55,37; Blei a.a.O.S.217; Heitzer NJW 53,210ff; Mit recht anmaßenden Worten Hardwig in GA 56,369ff; An der Lehre von den neg. Tatbest.merkmalen sei "so ziemlich alles falsch"(S.374) und sie sei eine "vollständige Denkverrenkung"(S.376).

Die Entwürfe von 1913 (§§ 11, 12, 110) und von 1919 (§§ 17, 114) lösten das Problem jedoch mehr im Sinne der Schuldtheorie. Es folgte der amtliche Entwurf von 1925, der sich in § 13 wiederum der Vorsatztheorie zuneigte, schließlich aber von der der Schuldtheorie huldigenden Reichstagsvorlage vom Jahre 1927 (§§ 17, 20) und dem Entwurf von 1930 abgelöst wurde, der in § 20 ebenfalls der Schuldtheorie den Vorzug gab. Der unveröffentlichte Entwurf der Amtlichen Strafrechtskommission von 1934 (1. Lesung) und 1936 (2. Lesung)¹³ vertrat wieder die Vorsatztheorie, es wurde aber in § 16 II ein besonderer Rechtsfahrlässigkeitstatbestand geschaffen, um die praktisch nicht erwünschten Folgen der Vorsatztheorie zu vermeiden, daß nämlich zu viele strafwürdige Täter straflos ausgingen. Der Reformvorschlag des Strafrechtsausschusses der Rechtsanwaltskammern¹⁴ aus dem Jahre 1950 sah aber erneut eine Lösung im Sinne der Schuldtheorie vor.

Bereits aus dieser Darstellung der einzelnen Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch ist zu erkennen, wie verworren die Rechtslage gewesen ist und wie die Mehrheit zugunsten der einen oder der anderen Irrtumstheorie im Laufe von ganz kurzer Zeit geschwankt hat.¹⁵

Noch mehr ist dies ersichtlich auf dem Gebiete der Gesetzgebung. Hier wurde in mehreren neuen Gesetzen bald die Vorsatz-, bald die Schuldtheorie verwendet:

Den Anfang machte die sog. Irrtumsverordnung vom 18.1.1917 (RGBl. 58), genauer: "Bekanntmachung über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über wirtschaftliche Maßnahmen". Hier wurde zum ersten Male in der Geschichte des deutschen Strafrechts im weiteren Sinn in einem Gesetz dem Strafrechtsirrtum in der Form des Verbotsirrtums Bedeutung beigemessen, und zwar im Sinne der Schuldtheorie. Nach dieser Verordnung war freizusprechen, "wer in unverschuldetem Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit der übertretenen Vorschrift die Tat für erlaubt gehalten hat."¹⁶

10) So auch Hartung NJW 52,762 11) So z.B. Warda ZStrW 71,253

12) Darstellung in Anlehnung an v.Winterfeld JR 50,385ff und Neidlinger a.a.O. S.96ff. Die Texte sämtlicher zitierter Bestimmungen sind abgedruckt bei Hartung NJW 51,211.

13) Inhalt bei Gürtner a.a.O. S.60

14) Abgedruckt bei v.Winterfeld JR 50,388

15) Zu den Entwürfen vgl. auch näher Polomski a.a.O. S.33ff

16) Ebisch a.a.O. § 6 Anm.1 und Erbs a.a.O. Nr.W98b,§6 Anm.2 und W98 § 26a Anm.1

Weiter fand die Vorsatztheorie in § 395 der Reichsabgabenordnung und in § 71 II des heute nicht mehr geltenden Devisengesetzes von 1938 gesetzlichen Ausdruck. Die Schuldtheorie findet sich in § 6 des Wirtschaftsstrafgesetzes (vorher § 26a, davor § 31) von 1949 und in § 12 des Ordnungswidrigkeitengesetzes von 1952.

Daß die Gesetzgebung zuerst auf diesen nebenstrafrechtlichen Gebieten mit der Kodifikation des Rechtsgedankens, daß unverschuldete Unkenntnis des Unrechts schuldausschließend wirkt, vorgeprescht ist, ist nicht verwunderlich, weil hier laufend eine Fülle von Vorschriften erlassen wurde, die auch einem gewissenhaften Staatsbürger nicht alle bekannt sein konnten, denn sie wechselten häufig und es handelte sich zumeist um sittlich farblose, technische Ordnungsvorschriften. Hinzu kam gerade im Bereiche der Ordnungswidrigkeiten die häufige Notwendigkeit des Erlasses von Blankettstrafdrohungen, d.h. der Beschränkung des Gesetzgebers zunächst auf die Androhung einer Geldbuße, die der Ergänzung durch eine anderweit zu erlassende Ausfüllungsnorm bedurfte. So machte diese zur Erhöhung der Anpassungsfähigkeit nicht immer entbehrliche Gesetzestechnik die Anerkennung des Verbotsirrtums als eines Schuldausschließungs- bzw. Schuldminderungsgrundes besonders dringlich, ja unabweislich.¹⁷

In der Rechtsprechung nach 1945 wurde das Irrtumsproblem von den Gerichten auf verschiedene Weise gelöst, wobei sich überwiegend auch wieder die beiden Haupttheorien durchsetzten:

A.) Manche Gerichte hielten am alten Reichsgerichtsstandpunkt fest, daß der Verbotsirrtum grundsätzlich unbeachtlich sei:

- 1) OLG Celle, Urteil v. 27.8.1947¹⁸
- 2) OLG Hessen-Kassel, Urteil v. 8.7.1948¹⁹
- 3) OLG Braunschweig, Beschluß v. 9.8.1948²⁰
- 4) OLG Gera (ohne Datum)²¹

B.) Die Vorsatztheorie vertraten:

- 1) OLG Kiel in 6 Entscheidungen:

Urteil v. 13.4.1946 ²²	Urteil v. 4.5.1946 ²³
Urteil v. 24.9.1946 ²⁴	Urteil v. 9.7.1947 ²⁵
Urteil v. 1.11.1947 ²⁶	Urteil v. 7.4.1948 ²⁷

17) So auch Rotberg a.a.O. § 12 Anm. 5 + 6

18) MDR 48,25

19) NJW 48,699

20) NJW 49,316

21) NJW 47,31

2) Kammergericht Berlin:

Urteil v. 24.8.1946²⁸

Urteil v. 17.5.1947²⁹

3) LG Konstanz:

Urteil v. 28.2.1947³⁰

Urteil v. 2.9.1947³¹

4) OLG Frankfurt:

Urteil v. 12.8.1947³²

5) OLG Freiburg:

Urteil v. 21.11.1947³³

Urteil v. 9.2.1950³⁴

6) OLG Darmstadt:

Urteil v. 11.5.1948³⁵

7) OLG Bremen:

Urteil v. 29.11.1948³⁶

8) OLG Tübingen, in der wohl bedeutendsten Entscheidung der Vorsatztheorie:

Urteil v. 21.6.1949³⁷

C.) Eine Zwitterlösung zwischen Vorsatztheorie und Schuldtheorie brachte:

LG Aachen:

Urteil v. 27.6.1949³⁸

D.) Die Schuldtheorie vertraten:

(Hier haben wir es mit den Vorläufern des Plenarbeschlusses des BGH zu tun!)

1) LG Freiburg:

Urteil v. 12.9.1947³⁹

2) OLG Düsseldorf:

Urteil v. 14.11.1947⁴⁰

3) OLG Braunschweig:

Urteil v. 9.8.1948⁴¹

4) OLG Stuttgart:

Urteil v. 15.9.1948⁴²

Urteil v. 28.7.1950⁴³

22) DRZ 46,126

23) SchlHAnz 46,221

24) SchlHAnz 47,29

25) MDR 47,271

26) SchlHAnz 48,51

27) SchlHAnz 48,147

28) DRZ 47,198

29) DRZ 47,308

30) DRZ 47,267

31) MDR 47,305

32) SJZ 47,621

33) DRZ 48,259

34) JZ 51,85

35) MDR 49,185

36) NJW 49,436

37) DRZ 50,211

38) MDR 50,175

39) MDR 48,126

40) SJZ 48,328

41) MDR 49,59

42) DRZ 49,164

43) MDR 50,689

5) OLG Frankfurt:

Urteil v. 5.9.1951⁴⁴

6) OLG Oldenburg, in der wohl wichtigsten und besten Entscheidung der Schuldtheorie:

Urteil v. 20.6.1950⁴⁵

7) Der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone:

Urteil v. 17.8.1948⁴⁶

Urteil v. 19.10.1948⁴⁷

Urteil v. 16.11.1948⁴⁸

Urteil v. 7.12.1948⁴⁹

Urteil v. 23.7.1949⁵⁰

Urteil v. 4.4.1950⁵¹

An Hand dieser Fülle von zum Teil sehr guten Entscheidungen ist zu ersehen, wie häufig das Problem des Verbotsirrtums die Gerichte beschäftigt hat, wie sehr die Auffassungen auseinander gingen und welche Rechtsunsicherheit in der unmittelbaren Nachkriegszeit bei diesem Problem geherrscht hat. Zwar verlangte sich diese Rechtsunsicherheit von der Frage, ob der Strafrechtsirrtum in Form des Verbotsirrtums überhaupt beachtlich sei oder nicht (so zur Reichsgerichtszeit), auf das Problem, in welcher Weise dem unverschuldeten Verbotsirrtum im Strafrecht Rechnung getragen werden sollte, im Sinne der Vorsatz- oder der Schuldtheorie.

Trotz der nicht zu verkennenden Fortschritte in der Irrtumsfrage blieb für den Praktiker und besonders für den Dogmatiker die Handhabung des Verbotsirrtums in den Entwürfen, der Gesetzgebung und in der Rechtsprechung wegen der großen Unterschiedlichkeiten höchst unbefriedigend. Die Klärung in dieser überaus bedeutsamen und schwierigen Kernfrage des gesamten Strafrechts brachte schließlich der Beschluß des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 18. März 1952.

2.) Der Beschluß des BGH vom 18.3.1952.⁵²

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat in der Rechtswissenschaft unerhörtes Aufsehen erregt. Engisch⁵³ hält sie für "die wichtigste strafrechtliche Entscheidung, die der BGH seit seinem Bestehen erlassen hat". Welzel meint in seiner

44) JZ 52,154

45) SJZ 50,834 (mit vielen Zitaten und Anm. von Eb.Schmidt. Weitere Bespr.Mezger NJW 51,500; v.Weber MDR 50,691

46) MDR 48,425

47) MDR 49,179

48) MDR 49,376

49) MDR 49,305

50) NJW 50,151

51) NJW 50,551

52) BGHSt 2,194-212 = JZ 52,335ff = NJW 52,593ff = MDR 52,371ff.

53) "Einführung in das juristische Denken" S.150

Besprechung des Beschlusses:⁵⁴ "Der Beschluß ... wird in seiner Tragweite kaum überschätzt werden können. Er ist eine der grundlegendsten Entscheidungen, zu denen ein Gerichtshof aufgerufen werden konnte. Ihm gegenüber verblassen auch die großen Entscheidungen des Reichsgerichts, selbst die zum übergesetzlichen Notstand (RGSt 61,242f). Er zieht den Schlußstrich unter eine lange Entwicklung und eröffnet einen neuen hoffnungsvollen Abschnitt in der Geschichte der menschlichen Bemühungen um Einsicht in die Grundgesetze der sittlichen Welt." Schröder⁵⁵ nennt den Beschluß einen "der markantesten Wendepunkte in der modernen Strafrechtsentwicklung" und Hartung⁵⁶ erklärt: Der Beschluß "überragt an Bedeutung für Theorie und Praxis bei weitem alles, was der BGH bisher auf diesem Gebiete erarbeitet hat."

In der Tat enthält diese Entscheidung des BGH so wichtige und hervorragend formulierte Sätze zum Irrtumsproblem und zum Schuldproblem überhaupt, daß man nicht umhin kann, einige besonders bedeutende Passagen des Beschlusses hier wörtlich wiederzugeben, zumal diese Arbeit zum Teil auf der Entscheidung des BGH aufbaut:

Zunächst klärt der BGH die Begriffe "Bewußtsein der Rechtswidrigkeit", "Tatbestandsirrtum" und "Verbotsirrtum":⁵⁷

"Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bedeutet: der Täter weiß, daß das, was er tut, rechtlich nicht erlaubt, sondern verboten ist."⁵⁸

"Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bedeutet überall weder die Kenntnis der Strafbarkeit, noch die Kenntnis der das Verbot enthaltenden gesetzlichen Vorschrift. Andererseits genügt es auch nicht, daß der Täter sich bewußt ist, daß sein Tun sittlich verwerflich ist. Vielmehr muß er, zwar nicht in rechtstechnischer Beurteilung, aber doch in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung das Unrechtmäßige der Tat erkennen oder bei gehöriger Gewissensanspannung erkennen können."⁵⁹

"Die irrige Annahme, einer dieser Tatumstände (die die Tatbestandsmäßigkeit ausmachen) liege nicht vor, ist Tatbestandsirrtum, der in § 59 StGB geregelt ist. Auch hier hält der Täter sein Tun für erlaubt, jedoch weil er nicht weiß, was er tut."⁶⁰ Sein Wille ist nicht auf die Verwirklichung des Tatbestandes gerichtet. Weil der Tatvorsatz fehlt, kann er wegen vorsätzlicher Tatbegehung nicht bestraft werden."

54) JZ 52,340ff

55) MDR 53,70

56) NJW 52,761

57) BGHSt 2,196f = JZ 52,336

"Dagegen betrifft der Irrtum über die Rechtswidrigkeit das Verbotensein der tatbestandsmäßigen Handlung. Der Täter weiß, was er tut, nimmt aber irrig an, es sei erlaubt.⁶¹ Der Irrtum kann darauf beruhen, daß er die Tat zufolge Nichtkennens oder Verkennens der Verbotsnorm für schlechthin erlaubt hält oder daß er meint, die Tat sei bei grundsätzlichem Verbot in diesem Falle durch eine Gegennorm gerechtfertigt, sei es, daß er deren rechtliche Grenzen verkennt, sei es, daß er ihr Vorhandensein irrig annimmt. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist Verbotsirrtum."⁶²

Sodann gibt der BGH die Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach der zur Strafbarkeit ein Unrechtsbewußtsein des Täters nicht gehörte, zugunsten der Lösung der Schuldtheorie ausdrücklich auf:⁶³

"Die Einwände, die gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts erhoben werden, sind begründet.

Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können. Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, daß der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden, sobald er die sittliche Reife erlangt hat⁶⁴ und solange die Anlage zur freien sittlichen Selbstbestimmung nicht durch die in § 51 StGB genannten krankhaften Vorgänge vorübergehend gelähmt oder auf Dauer zerstört ist. Voraussetzung dafür, daß der Mensch sich in freier, verantwortlicher, sittlicher Selbstbestimmung für das Recht und gegen das Unrecht entscheidet, ist die Kenntnis von Recht und Unrecht. Wer weiß, daß das, wozu er sich in Freiheit entschließt, Unrecht ist, handelt schuldhaft, wenn er es gleichwohl tut. Die Kenntnis kann fehlen, weil der Täter zufolge der in § 51 I StGB aufgezählten krankhaften Vorgänge unfähig ist, das Unrechtmäßige seines Tuns einzusehen. Hier ist die Unkenntnis des Täters Folge eines unabwendbaren Schicksals. Sie kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht und nicht zur Schuld zugerechnet werden. Er ist deshalb strafrechtlich unzurechnungsfähig. Das Bewußtsein, Unrecht zu tun, kann im

58) Unterstreichung vom Verfasser!

59) BGHSt 2,202 = JZ 52,337

60) 61) 62) Unterstreichung vom Verfasser!

einzelnen Falle auch beim zurechnungsfähigen Menschen fehlen,⁶⁵ weil er die Verbotsnorm nicht kennt oder verkennt. Auch in diesem Falle des Verbotsirrtums ist der Täter nicht in der Lage, sich gegen das Unrecht zu entscheiden. Aber nicht jeder Verbotsirrtum schließt den Vorwurf der Schuld aus. Mängel im Wissen sind bis zu einem gewissen Grade behebbar. Der Mensch ist, weil er auf freie, sittliche Selbstbestimmung angelegt ist, auch jederzeit in die verantwortliche Entscheidung gerufen, sich als Teilhaber der Rechtsgemeinschaft rechtmäßig zu verhalten und das Unrecht zu vermeiden. Dieser Pflicht genügt er nicht, wenn er lediglich das nicht tut, was ihm als Unrecht klar vor Augen steht. Vielmehr hat er bei allem, was er zu tun im Begriff steht, sich bewußt zu machen, ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens in Einklang steht. Zweifel hat er durch Nachdenken oder Erkundigen zu beseitigen. Hierzu bedarf es der Anspannung des Gewissens, deren Maß sich nach den Umständen des Falles und nach dem Lebens- und Berufskreis des Einzelnen richtet. Wenn er t r o t z der ihm danach zuzumutenden Anspannung des Gewissens⁶⁶ die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns nicht zu gewinnen vermochte, war der Irrtum unüberwindlich, die Tat für ihn nicht vermeidbar. In diesem Falle kann ein Schuldvorwurf gegen ihn nicht erhoben werden. Wenn dagegen bei gehöriger Anspannung des Gewissens der Täter das Unrechtmäßige seines Tuns hätte erkennen können, schließt der Verbotsirrtum die Schuld nicht aus. Je nach dem Ausmaß, in dem es der Täter an der gehörigen Gewissensanspannung hat fehlen lassen, wird der Schuldvorwurf aber gemindert." "Nach geltendem Recht kann ... bei verschuldetem Verbotsirrtum die Strafe nur nach den in § 44 II und III StGB aufgestellten Grundsätzen ermäßigt werden ..." ⁶⁷ "Verschuldeter Verbotsirrtum kann den Schuldvorwurf mindern, muß ihn aber nicht unter allen Umständen mindern. Nur soweit er ihn im Einzelfalle wirklich mindert, ist entsprechende Strafmilderung geboten."⁶⁸

Diese Entscheidung des BGH hat, weil sie sich eindeutig zur Schuldtheorie bekennt, heftige Kritik insbesondere bei den Anhängern der Vorsatztheorie gefunden.⁶⁹ In der Hauptsache wurde ihr vorgeworfen, die Forderung, der Täter habe sein Gewissen anzuspannen

63) BGHSt 2,200f 64) Unterstreichung vom Verfasser!
Hier liegt ein wichtiger Punkt hinsichtlich der Abgrenzung von Verbotsirrtum und Altersreife!

65) Unterstreichung vom Verfasser!

66) Sperrung und Unterstreichung vom Verfasser!

67) BGHSt 2,211 = JZ 52,340 68) BGHSt 2,209 = JZ 52,339

und Erkundigungen einzuholen, sei nirgendwo im Gesetz begründet und daher dürfe man dies mangels positiver Rechtsgrundlage nicht vom Täter verlangen. Das führe nämlich zu viel zu weitreichenden Konsequenzen und hieße jedes Handeln verbieten.⁷⁰ Diese Kritik schlägt nicht durch, wie Henkel⁷¹ und Röwer⁷² überzeugend darge-
tan haben, denn diese vom BGH geforderte Erkundigungs- und Gewis-
sensanspannungspflicht ist ganz folgerichtig aus dem normativen
Schuldbegriff abgeleitet, nämlich aus der für den Täter geltenden
Pflichtnorm, sein Verhalten so einzurichten, daß Rechtsverstöße
vermieden werden, d.h. hier: Rechtserkenntnismängel zu überwinden.⁷³
Es gibt nicht wenige Rechtspflichten im Strafrecht, die voll aner-
kannt und trotzdem nicht positiv im Gesetz geregelt sind, z.B. die
Erfolgsabwendungspflicht (Garantenstellung) bei den unechten Unter-
lassungsdelikten, die Sorgfaltspflicht bei der Fahrlässigkeit, die
Pflicht zur Güterabwägung beim übergesetzlichen Notstand etc. Das
Argument, die Pflicht zur Gewissensanspannung beim Verbotsirrtum
sei nicht positiv geregelt, ist deshalb nicht durchschlagend.

Henkel⁷⁴ hat richtig erkannt, daß zwischen Vermeidbarkeit
und Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums bei der Entscheidung des
BGH eine "unsichere Pflichtgrenze" verlaufe, die nur konkret be-
stimmt werden kann. Ganz zwangsläufig sah sich der BGH deshalb
dazu genötigt, das regulative Prinzip der Zumutbarkeit einzuschal-
ten, indem er auf die zumutbare Gewissensanspannung abstellte. Die
Funktion der Zumutbarkeit als Rechtsinstitut liegt in erster Linie
in der Pflichtenbegrenzung mit Hilfe sozialetischer und berufs-
ethischer Wertungen, so daß hier der BGH ganz konsequent den Be-
griff der Zumutbarkeit herangezogen hat.⁷⁵ Die Beistandspflicht
des § 330c StGB, die Erfolgsabwendungspflicht bei der Begehung
durch Unterlassung, die Sorgfaltspflicht bei der Fahrlässigkeit
und nicht zuletzt die auf Gewissensanspannung und Erkundigung ge-
richtete Pflicht zur Vermeidung des Verbotsirrtums erhalten erst
durch das Abstellen auf den Zumutbarkeitsbegriff ihr scharfes Profil.

69) z.B. Lang-Hinrichsen JR 52,184; Mezger, Stud.buch S.174f;
Schönke-Schröder, Komm. 7.Aufl. § 59 Anm. IX 3; Schröder ZStrW
65,178ff; H.Mayer MDR 52,392; Bindokat JZ 53,71ff; Schwarz
NJW 55,526; auch Salm ZStrW 69,522ff

70) H.Mayer MDR 52,393

71) Mezger-Festschr. S.300 Anm.1

72) a.a.O. Zus.fassung

73) vgl. Jescheck, Mensch.bild S.20f

74) Mezger-Festschr. S.299

75) Röwer a.a.O. S.163; Vgl. auch zur Zumutbarkeit allgemein:
Engisch, Festschr.z.100jähr.Jub.d.Dt.Jur.tages, 1960 S.420

Es ist nicht Anliegen der vorliegenden Arbeit, den Beschluß des BGH in jeglicher Hinsicht einer Prüfung zu unterziehen, jedoch mußte dieser Hauptvorwurf, der die Basis der Entscheidung zu erschüttern versucht, kurz erörtert werden. Manche Zweifel und Ungenauigkeiten hat der BGH in seiner späteren Rechtsprechung selbst beseitigt:

3.) Die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung seit 1952.

Während sich die Grundsatzentscheidung des BGH vom 18.3.1952 noch mit der Feststellung begnügte, daß der Täter zum Zwecke der Vermeidung eines Verbotsirrtums sein Gewissen in einer ihm zumutbaren Weise anzuspinnen habe und eventuelle Zweifel durch Nachdenken oder Erkundigen zu beseitigen verpflichtet sei, präzierte der BGH insbesondere auf den Einwand Welzels⁷⁶ hin, die Verwendung des Begriffes "Gewissensanspannung" sei mißverständlich, in BGHSt 4,1ff seine Auffassung dahin, daß der Täter verpflichtet sei, alle seine Erkenntniskräfte und alle seine sittlichen Wertvorstellungen einzusetzen, wenn es gelte, sich über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ein Urteil zu bilden, wobei es dem Täter auch zuzumuten sei, die Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft zugrunde zu legen, in der er lebt. Der vom BGH zugrunde gelegte Gewissensbegriff hat also mit einem subjektiven, an ausschließlich eigenen ethischen Überzeugungen ausgerichteten Gewissen nichts zu tun.⁷⁷ Wie wichtig diese Klärung des Begriffes der Gewissensanspannung war, erhellt daraus, daß z.B. Mezger⁷⁸ von Anfang an bis heute diesem Begriff einen ganz anderen und viel weiteren Inhalt dadurch zu geben versuchte, daß er ihn im Sinne seiner "Rechtsfeindschaft" ausdeutete und mit "Gewissenlosigkeit" interpretierte.

Zu der Tatsache, daß der anfänglich kritisierte Begriff der Gewissensanspannung heute in der Auslegung keinen Zweifeln mehr unterliegt, haben mehrere weitere Entscheidungen beigetragen. So präzierte BGHSt 3,366 die Sorgfaltspflicht "in richtiger Individualisierung"⁷⁹ dahin, daß das notwendige Maß der Gewissensanspannung nur unter Berücksichtigung der gerade dem Handelnden eigenen Gaben, Fähigkeiten und Einsichten getroffen werden könne.

76) JZ 52,342

77) Köhler a.a.O. S.2ff; vgl. auch zum Gewissensbegriff: Zimmermann a.a.O. S. 24ff; Kraushaar GA 59,325ff; Welzel "Vom irren den Gewissen", 1949

78) JZ 52,676; NJW 53,5

79) Maurach, Lb.Allg.Teil S.384

BGHSt 3,105ff verlangte, daß der Täter "nach Vorbildung, Stellung, Berufserfahrung und den gesamten Umständen" hätte erkennen können, daß er Unrecht tut, und in BGHSt 4,86 wurden mit Recht besonders strenge Anforderungen an einen Rechtskundigen gestellt, da von ihm angenommen werden müsse, "daß er die Tragweite gesetzlicher Gebote und Verbote auf Grund seiner Vorbildung und Berufsausübung wenigstens in der Regel zu kennen vermag."

Die Anforderungen hinsichtlich der Anspannung des Gewissens sind höher als diejenigen bezüglich der Beobachtung der Sorgfalt, die vom Einzelnen verlangt wird, damit er Gefährdungen oder Verletzungen von Rechtsgütern vermeide (BGHSt 4,237ff⁸⁰); damit wurde der Begriff der Gewissensanspannung klar von dem Fahrlässigkeitsbegriff geschieden. Dies rechtfertigt sich daraus, daß der Täter vorsätzlich den Tatbestand eines Delikts erfüllt, mithin eine Handlung begeht, die schon mit dem Indiz des Rechtswidrigen vorbelastet ist. Beim Verbotsirrtum betritt der Täter die Gefahrenzone früher als bei der in ihrem Tatbestand noch rechtsneutralen Fahrlässigkeitstat.⁸¹

Weiter wurde deutlich in BGH JR 52,285 und BGH MDR 55,528 herausgestellt, daß ein Täter, der die Vorstellung hat, möglicherweise Unrecht zu tun, der also an der Erlaubtheit seines Tuns zweifelt, ohne weiteres das Unrechtsbewußtsein hat und die Grundsätze über den Verbotsirrtum keine Anwendung finden können. Wie auch das BayObLG in GA 56,127 und früher bereits RGSt 72,85 richtig gesehen haben, handelt es sich hier um einen Fall des aktuellen Unrechtsbewußtseins in Form des "bedingten Unrechtsbewußtseins", ähnlich dem "bedingten Vorsatz". Das Urteil in BGHSt 5,284 ging sogar noch weiter, indem es mangelhafte Gewissensanspannung und damit vermeidbaren Verbotsirrtum annahm, wenn der Angeklagte zwar keine Zweifel hatte, daß sein Handeln rechtmäßig sei und sich deswegen nicht erkundigte, seine Überlegungen aber an der Oberfläche blieben.

In zwei wichtigen Fragen zum Verbotsirrtum wurde noch keine völlige Klarheit erzielt:

Es besteht das Problem, ob auf das Erfordernis gehöriger Gewissensanspannung verzichtet werden kann, wenn das Nachdenken oder die Erkundigung sowieso nicht zu der Erkenntnis verholfen hätten, daß die Tat Unrecht darstellt. Der BGH hat in JR 54,188 eine im

80) Neuerdings bestätigt durch BGH in NJW 57,230; ferner ebenso: Boldt ZStrW 68,364ff; Welzel ZStrW 67,204ff; anders: Traub in JZ 59,13, der eine Art Fahrlässigkeit annimmt.

81) Maurach, Lb. Allg. Teil S.385

Ergebnis richtige, in der Begründung und logischen Durchführung aber nicht befriedigende Entscheidung gefällt, die auf Gewissensanspannung in solchen Fällen zu verzichten scheint.⁸² Ebenso hat das Kammergericht Berlin in VRS 13,144 entschieden. Demgegenüber ist das BayObLG in einem Vorlegungsbeschluß vom 12.2.1960⁸³ der wohl richtigen Auffassung, daß der Verbotsirrtum selbst dann verschuldet sei, wenn die Auskunft, deren Einholung pflichtwidrig unterlassen wurde, den Irrtum nicht behoben hätte. Grundsätzlich besteht nämlich die Forderung, das Gewissen anzuspannen, gegenüber jedem voll zurechnungsfähigen Menschen. Seine Bemühung um Unrechtseinsicht enthebt ihn nur dann dem Schuldvorwurf, wenn er trotz Anspannung des Gewissens wegen seiner besonderen persönlichen Verhältnisse und der speziellen Umstände des Falles nicht in der Lage war, zur Unrechtseinsicht zu gelangen. Der Plenarbeschluß vom 18.3.1952 spricht auch ausdrücklich davon.⁸⁴ Dieser Satzbau ("trotz ...") zeigt, daß der BGH davon ausgeht, daß jedem eine Gewissensanspannung zuzumuten ist, nur in verschiedenem Umfange. Keinesfalls ist der geistig wenig rege Mensch davon ausgenommen und erst recht nicht der intelligente, nur weil er in einem bestimmten Falle auch durch eine (falsche) Auskunft nicht zur richtigen Erkenntnis hätte kommen können. Sein Gewissen anspannen muß jeder zurechnungsfähige Täter. Erst und nur wenn er das tut, kann der Richter sich überhaupt ein Urteil darüber bilden, ob der Irrtum vermeidbar war oder nicht.

Die Entscheidung, welche einen großen Streit unter den Anhängern der Schuldtheorie ausgelöst hat, war das Urteil des BGH vom 6.6.1952.⁸⁵ Hier bekannte sich der BGH klar zur sog. eingeschränkten Schuldtheorie, nachdem er in der Grundsatzentscheidung schon eine Andeutung in dieser Richtung gemacht hatte.⁸⁶ Begründet wird die Auffassung, daß der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nach § 59 StGB zu behandeln sei, folgendermaßen: "Der im Irrtum über den wahren Sachverhalt handelnde Täter ist an sich rechtstreu; er will die Rechtsgebote befolgen und verfehlt dieses Ziel nur wegen seines Irrtums über die Sachlage, aus der sein Handeln erwächst. Dieser Irrtum hindert ihn in der Regel, die Gefahr eines Rechtsverstoßes überhaupt zu erkennen. Deshalb trifft auf ihn

82) Dieses Urteil wurde bezeichnenderweise nicht in die aml. Sammlung aufgenommen!

83) NJW 60,504

84) BGHSt 2,201 = JZ 52,337 oben rechts

85) BGHSt 3,105ff

86) BGHSt 2,211 = JZ 52,340

der Gedanke des § 59 StGB zu, ihm nicht die wirkliche, sondern zu seinen Gunsten nur die irrig angenommene Sachlage zuzurechnen. Auch der im Verbotsirrtum Handelnde verfehlt zwar bei seinem Tun das Richtige, aber durch einen Erkenntnisfehler auf dem Gebiete des rechtlichen Sollens. Die Erkennbarkeit eines Rechtsverstoßes liegt hier im allgemeinen näher als beim Irrtum über Tatsachen. Der im Irrtum über den Sachverhalt Handelnde wird daher in der Regel den geringeren Schuldvorwurf verdienen, weil ein solcher Irrtum regelmäßig stärker und unmittelbarer ist und einen stärkeren Anreiz zum Handeln bildet." Diesen Irrtum nennt der BGH "Sachverhaltsirrtum".

Hier taucht zwar nicht wieder die alte Unterscheidung zwischen Tatirrtum und Rechtsirrtum auf, wie verschiedentlich behauptet wurde,⁸⁷ wohl aber wird die Auseinandersetzung zwischen den Anhängern und Bekämpfern der auf Adolf Merkel zurückgehenden Lehre von den "negativen Tatbestandsmerkmalen" im Rahmen von § 59 StGB wieder erneut ins Leben gerufen.

Eine nähere Erörterung der mit dieser letzteren Entscheidung des BGH eingeleiteten und in die Rechtsprechung eingeführten Rechtsauffassung ist im Rahmen dieser Arbeit nicht erforderlich und nicht möglich, weil einerseits diesem Problem für das bearbeitete Thema keine entscheidende Bedeutung zukommt und andererseits diese Frage so vielschichtig und schwierig, vielleicht dogmatisch sogar unlösbar ist, daß sich bereits viele Autoren daran meist in dogmatischer Hinsicht vergeblich versucht haben.⁸⁸

Immerhin sind die grundsätzlichen Rechtsgedanken der BGH-Rechtsprechung heute so gefestigt, daß sie mit gutem Gewissen zur Grundlage und zum Ausgangspunkt dieser Arbeit gemacht werden dürfen.⁸⁹

4.) Die Behandlung des Verbotsirrtums im Entwurf für ein neues Straf- gesetzbuch vom Jahre 1960.

Der Entwurf enthält eine positive Regelung des Verbotsirrtums in § 21:

"Wer bei Begehung der Tat irrig annimmt, kein Unrecht zu tun,

87) Welzel JZ 52,596; Schröder MDR 53,72

88) s.B. ganz speziell: Ulrich a.a.O.; Marmulla a.a.O.; Hirsch a.a.O.; Müller a.a.O.; Blei a.a.O.

89) Vgl. die zusammenstellende Übersicht bezüglich der Vorzüge der Schuldtheorie gegenüber der Vorsatztheorie bei Studtucker a.a.O.

ist ohne Schuld, wenn ihm der Irrtum nicht vorzuwerfen ist. Ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so kann die Strafe nach § 64 Abs.1 gemildert werden." (In § 64 sind die Milderungsmaßstäbe im einzelnen festgelegt.)

Wie sich aus der Begründung zu § 21 ergibt, schließt sich der Entwurf 1960 mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Schuldtheorie an. Die strenge Vorsatztheorie werde kaum noch in der Wissenschaft vertreten und die u.U. akzeptable eingeschränkte Vorsatztheorie, auch Schuldstufentheorie genannt, die im Falle der Rechtsblindheit und Rechtsfeindschaft ihren Grundsatz, daß das Unrechtsbewußtsein zum Vorsatz gehöre, aufgeben, verliere dadurch an innerer Folgerichtigkeit und Überzeugungskraft, auch wenn sie in diesen Fällen zu befriedigenderen Ergebnissen führe.

Allerdings läßt der Entwurf es für den Ausschluß der Schuld nicht genügen, wenn der Täter nicht weiß, daß er Unrecht tut. Vielmehr fordert § 21, daß der Täter positiv annimmt, d.h. in dem Bewußtsein handelt, kein Unrecht zu tun. Wer sich keinerlei Rechenschaft über sein Tun abgibt und deshalb nicht gewahr werde, daß er Unrecht tue, handle daher noch nicht ohne Schuld oder mit verminderter Schuld.⁹⁰ Hierdurch sollen Spannungen zu den Fällen der verminderten Zurechnungsfähigkeit vermieden werden, die z.B. kürzlich von Dreher⁹¹ und Schröder⁹² herausgestellt worden sind.

Interessant ist es, daß der Entwurf darauf verzichtet hat, eine gesetzliche Regelung darüber zu treffen, wann der Verbotsirrtum dem Täter vorzuwerfen ist und wann nicht. Sicher hat man hier der Rechtsprechung zur Weiterentwicklung der maßgebenden Kriterien freie Hand lassen wollen, und man tat klug daran, denn der Begriff der Gewissensanspannung ist zwar durchaus brauchbar, wie auch Englisch⁹³ meint, aber er ist noch der Entwicklung und Vertiefung fähig, denn er ist noch nicht der "Stein der Weisen".⁹⁴

S.169ff; Die BGH-Auffassung bezüglich der irrigen Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts hat neuerdings Englisch (ZStrW 70, 566ff) in einer logisch sauberen und recht überzeugenden Art und Weise verteidigt, wobei er die dogmatische Möglichkeit der Trennung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Bereich der Rechtfertigungstatbestände genauso wie bei den Verbotstatbeständen aufgezeigt hat.

90) Begrdg. zu § 21; hier zeigt sich auch die Tendenz zur Auffassung des BayObLG in NJW 60,504, daß grundsätzlich von jedem Gewissensanspannung verlangt wird, gleichgültig, ob er sowieso nicht zur Unrechtseinsicht gelangt wäre. Vgl. S.49 dieser Dissertation!

91) GA 57,97ff

92) GA 57,297ff

93) ZStrW 66,374f

94) So Arthur Kaufmann in JZ 56,394

Die Begründung des Entwurfs 1960 zu § 21 hält den Verbotsirrtum dann für vorwerfbar, wenn "der Täter auch bei Anwendung der Sorgfalt, die nach der Sachlage objektiv zu fordern war und die er auch nach seinen persönlichen Verhältnissen anwenden konnte, nicht zu erkennen in der Lage war, daß er Unrecht tat."⁹⁵ Auch aus dieser Formulierung ergibt sich, daß grundsätzlich eine Sorgfaltspflicht besteht (auch Erkundigungen einzuziehen!⁹⁵) und erst, wenn dieser nachgekommen wurde, überhaupt ein unverschuldeter Verbotsirrtum möglich wird.

Der Entwurf folgt weiter wie der BGH aus praktischen Gesichtspunkten der eingeschränkten Schuldtheorie, indem er in § 20⁹⁶ einen besonderen Tatbestand für den Irrtum "über rechtfertigende Umstände" enthält:

(1) "Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche die Tat rechtfertigen würden, wird nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft."

(2) "Er wird jedoch wegen fahrlässiger Begehung bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist und das Gesetz auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht."

Der Absatz 2 wäre dann überflüssig, wenn die Lehre von den "negativen Tatbestandsmerkmalen" anerkannt und nicht sehr umstritten wäre. Darauf weist auch die Begründung des Entwurfs 1960 hin und stellt klar, daß der Entwurf weder zustimmend noch ablehnend Stellung nehmen möchte, sondern es der Rechtsprechung und Lehre überlassen will, den § 20 systematisch in die Irrtumsdogmatik einzuordnen. Zur Klarstellung war deshalb § 20 II erforderlich.

Diese Übersicht über die Entwicklung des Irrtumsproblems im Strafrecht hat gezeigt, daß von ursprünglich völliger Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums die Rechtslehre, zum Teil schon die Territorialgesetzgebung des vorigen Jahrhunderts, Entwürfe, Gesetze und schließlich auch die Rechtsprechung dazu übergegangen sind, in irgendeiner Form dem Verbotsirrtum Bedeutung beizumessen. Zunächst schien die Vorsatztheorie das Feld zu gewinnen, wurde aber von der Schuldtheorie allmählich abgelöst. Letztere muß heute in der Rechtsprechung absolut und in der Rechtslehre stark überwiegend als herrschend angesprochen werden. Ob man nun im Laufe der weiteren Entwicklung letzten Endes zur strengen oder zur eingeschränkten Form dieser

95) Begrdg. S.128 oben

Lehre kommen wird, ist noch nicht eindeutig abzusehen, obschon das Pendel mehr in Richtung zur BGH-Auffassung auszuschlagen scheint, wie aus dem Entwurf 1960 für ein neues Strafgesetzbuch zu ersehen ist. Auf jeden Fall gehört aber der Schuldtheorie die Zukunft!

III.) Das Verhältnis der Verantwortungsreife im Sinne des § 3 JGG zu den neuen Erkenntnissen des Bundesgerichtshofs zum Verbotsirrtum.

1.) Der Gehalt des § 3 JGG.

a) Die Voraussetzungen der Verantwortungsfähigkeit:

§ 3 S.1 des Jugendgerichtsgesetzes vom 4.8.1953 lautet:

"Ein Jugendlicher ist strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln."

Zunächst ist vorzuschicken, daß es für die Fragestellung dieser Arbeit nicht auf die zweite Alternative ankommt, da Überschneidungen zwischen der Willensbildungs- oder Handlungsfähigkeit und den Voraussetzungen des Verbotsirrtums nicht auftreten können.⁹⁷ Die Grundsätze des BGH zum Verbotsirrtum beziehen sich lediglich auf die Frage des Erkennens bzw. Erkennen-Könnens, nicht auf die des Handelns oder Handeln-Wollens. Daher interessiert nur der Gehalt der ersten Voraussetzung des § 3 S.1 JGG ("... das Unrecht der Tat einzusehen..."), welche sich ebenfalls auf das intellektuelle Moment des Erkennens bzw. Erkennen-Könnens des Unrechts erstreckt.¹

Um die Zurechnungsfähigkeit oder besser: Verantwortungs-fähigkeit eines Jugendlichen bejahen zu können, verlangt das Gesetz

96) Auch systematisch richtig zwischen § 19 (Tatbestandsirrtum) und § 21 (Verbotsirrtum) im Entwurf eingesetzt!

1) Zur 2.Alternative vgl. Kraut a.a.O. (ausführlich!)

97) Siehe aber den (unproblematischen) Sonderfall der Beziehung der Verbotsirrtumsvoraussetzungen zur 2.Alt. unten S.59!

einen ausreichenden biologischen Reifegrad, die sog. Altersreife. Auf Grund dieses Reifegrades muß der Jugendliche die Einsichtsfähigkeit, also das Unterscheidungsvermögen zwischen dem, was Recht, und dem, was Unrecht ist, haben. Also ist lediglich Voraussetzung des § 3 JGG, daß der jugendliche Täter die konstitutionelle Möglichkeit der Unrechtseinsicht hat, nicht dagegen, daß er das Unrecht tatsächlich konkret eingesehen hat.²

Zu unterscheiden von der Tatsache, daß es bei der Reife, das Unrecht der Tat einzusehen, auf das Erkennen-Können, also einen rein intellektuellen Vorgang ankommt, ist der Umstand, daß als Voraussetzungen dieser Reife sowohl die geistige als auch die sittliche Entwicklung des Jugendlichen zu berücksichtigen ist:

aa) Die Einsichtsfähigkeit setzt einen Stand der intellektuellen Entwicklung (Verstandesreife) voraus, der den Jugendlichen befähigt zu erkennen, daß seine Handlung vom Recht mißbilligt wird.³ Das bedeutet, daß es nicht ausreicht, daß der Jugendliche nur Recht und Unrecht im allgemeinen auseinanderhalten kann, sondern er muß im Einzelfall, zwar nicht in rechtstechnischer Beurteilung, aber doch in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung, verstehen können, daß die Rechtsordnung sein Handeln nicht dulden kann, weil es mit einem geordneten und friedlichen Zusammenleben der Menschen in der Gemeinschaft nicht verträglich ist.⁴

Nachdem das Wort "das Ungesetzliche" in § 3 JGG von 1923 durch den Begriff "das Unrecht" in § 3 RJGG von 1943 und heute in § 3 JGG von 1953 ersetzt worden ist, ist nunmehr zweifelsfrei, daß damit ein materieller Unrechtsbegriff gemeint ist. Daher wird in § 3 JGG nicht verlangt, daß der Jugendliche die Fähigkeit hat, sein Tun als eine den Strafgesetzen zuwiderlaufende oder strafbare Handlung zu erkennen.⁵ Andererseits genügt aber auch nicht die Fähigkeit, lediglich das Unmoralische oder Sittenwidrige des Verhaltens einzusehen.^{6,7}

bb) Neben der bloßen Verstandesreife wird auch ein gewisser Grad ethisch-sittlicher Reife verlangt, der dem Jugendlichen die Einsicht in das Unrecht seiner Tat gestattet. Diese liegt nicht schon dann vor, wenn der Jugendliche weiß, daß das, was er tut,

2) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.4 zu §3

3) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.5 zu §3

4) RGSt in DR 1944,659

5) So noch RGSt 58,99; jetzt richtig Lange SJZ 49,397. Auch BGH bezüglich Verbotsirrtum in BGHSt 10,35,41!

6) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.5 zu §3

7) Hier fallen bereits mehrere Parallelen zum Inhalt des Begriffs "Unrechtsbewußtsein" auf! Vgl. S.43 dieser Dissertation!

verboden ist. Zur sittlich-ethischen Reife gehört, daß der Jugendliche dieses Wissen gefühlsmäßig richtig verarbeitet hat, daß er den Ernst sittlicher Forderungen verstehen kann.⁸ Die ethische Reife setzt also voraus, daß der jugendliche Täter sich, meist infolge der durch Erziehung vermittelten Ausbildung seiner sittlichen Wertvorstellungen, über sein Verhältnis zur Gemeinschaft und zur Umwelt, zur Rechts- und Sittenordnung klar geworden ist, so daß er in der Lage ist, nicht nur verstandesmäßig das Unerlaubte seiner Handlung zu erfassen, sondern es auch als rechtlich beanstandenswert zu empfinden.⁹

Verstandesreife und ethische Reife liegen oft nicht beide zugleich vor, denn selbst dann, wenn der Jugendliche verstandesmäßig den Sinn des Verbotes oder Gebotes erfaßt, wird es ihm infolge der noch mangelnden sittlichen Reife häufig nicht zum Werterlebnis.¹⁰

Aus dem Gebrauch der Worte "Unrecht der Tat" ergibt sich mit genügender Deutlichkeit, daß jede abstrakte oder theoretische Beurteilung der Einsichtsfähigkeit des Jugendlichen nicht gestattet ist. An der in concreto abzuurteilenden Straftat bemißt sich die Einsichtsfähigkeit,¹¹ d.h. es ist zu prüfen, ob der Jugendliche das Unrecht seiner konkreten Tat einzusehen in der Lage war, nicht aber, ob er das Unrecht einer solchen Tat schlechthin erkennen konnte.¹²

Aus dem Umstand, daß es für § 3 JGG erforderlich ist, das Unrecht der konkreten Tat einsehen zu können, folgt weiter, daß ein Jugendlicher reif sein muß, das Unrecht strafe erhöhender Tatumstände ebenfalls einzusehen, wenn sie ihm zugerechnet werden sollen. Die Einsichtsfähigkeit muß daher im Hinblick auf den einzelnen Straftatbestand geprüft werden. Sie wird z.B. bei einem 15jährigen Postboten im Hinblick auf Amtsdelikte wohl zu verneinen, dagegen für den Grundtatbestand zu bejahen sein.¹³ Die Einsichtsfähigkeit bzw. Verantwortungsfähigkeit ist also teilbar!¹⁴

b) Das Verhältnis des § 3 JGG
zu den §§ 51, 55 StGB:

Eine Prüfung dieser Beziehungen ist einerseits deshalb erforderlich, um die Sonderstellung des § 3 JGG im Gesamtstrafrechtssystem

8) So BGH, Urt.v.21.2.1956 in GA 56,345 und Urt.v.15.5.1956 in EuF, C I Nr.3

9) Potrykus Komm. Anm.2b zu §3; Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.6 zu §3

10) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.6 zu §3

herauszustellen und klar von der ähnlichen Regelung der §§ 51,55 StGB abzugrenzen, andererseits aber auch deshalb, weil einige Autoren die Grundsätze des Schuldausschließungs- bzw. Schuld minderungsgrundes des Verbotsirrtums mit denen der §§ 51,55 StGB und denen des § 3 JGG zu vermischen suchen bzw. eine Analogie zu diesen Bestimmungen für den Verbotsirrtum in Erwägung gezogen wird, wie später noch (unter Ablehnung!) zu zeigen sein wird.

Sowohl § 3 JGG als auch die §§ 51,55 StGB beziehen sich auf die Schuldfähigkeit des Täters. Gemeint ist dabei im formellen Sinne die juristische Fähigkeit, einen bestimmten Tatbestand zur Tatzeit rechtswidrig und schuldhaft zu verwirklichen, im materiellen Sinne die seelische Fähigkeit, zur Tatzeit sich von sozialem ethischen Werten sinnvoll bestimmen zu lassen und deshalb die bestimmte rechtswidrige Tat zu unterlassen.¹⁵ Ferner gleichen sich beide gesetzlichen Bestimmungen insofern, als sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf Grund der sog. biologisch-psychologischen Methode ermitteln und an eine doppelte Voraussetzung knüpfen: an die Einsichtsfähigkeit und an die Handlungsfähigkeit (Willensbildungsfähigkeit, Hemmungsvermögen), von denen die zweite mit Vorliegen der ersteren keineswegs ohne weiteres gegeben ist, sondern zusätzlich zu ihr hinzutreten muß.¹⁶

Trotzdem stehen aber die §§ 51,55 StGB grundsätzlich selbständig und unabhängig neben § 3 JGG.¹⁷ Das folgt schon aus der selbständigen Bedeutung des Jugendstrafrechts und seines eigengesetzlichen Charakters (lex sui generis). Das Erwachsenenstrafrecht ergänzt nur das gleichrangig neben ihm bestehende Jugendstrafrecht. Man wird wohl nicht mit Kiesow¹⁸ sagen können, daß sich bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 51 StGB eine Prüfung nach § 3 JGG erübrigt, weil beide sich zueinander wie das genus zur species verhalten, denn die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 51 StGB und des § 3 JGG sind grundlegend verschieden.¹⁹ Die Verantwortlichkeit nach § 3 JGG ist ausschließlich auf den jugendlichen Reifungsprozeß zugeschnitten. Daher schließen nur solche Mängel die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dieser Bestimmung aus, die auf Störungen der

11) Potrykus Komm. Anm.2d zu §3; Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.9 zu §3; RGSt 5,394f

12) Anderer Ansicht: Kohlrausch "Sollen und Können" S.25 und RG in DR 1944,659

13) Kümmelerin RJGG Anm.3 zu §3; Potrykus Komm. Anm.6 zu §3

14) So die heute herrschende Ansicht, z.B. Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.13 zu §3; Grethlein a.a.O. Anm.2 zu §3; Potrykus Komm. Anm.6 zu §3; Lange SJZ 49,399f; auch RGSt 11,387; 47,388; 52,371; ./.

biologischen Entwicklung beruhen.²⁰ Wenn dagegen von der Entwicklung unabhängige geistige Störungen die Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen, beseitigen oder gar nicht erst entstehen lassen, liegt ein Fall des § 51 StGB vor. Allerdings ist es auch möglich, daß die Voraussetzungen des § 51 StGB mit denen des § 3 JGG konkurrieren, wenn zugleich psychopathologische, vom Reifungsprozeß unabhängige Zustände und entwicklungsbedingte Ursachen die Zurechnungsfähigkeit ausschließen.²¹

Mit zum Teil verschiedener Begründung hat sich in der Wissenschaft die Meinung durchgesetzt, daß grundsätzlich zuerst die §§ 51, 55 StGB zu prüfen sind und danach erst § 3 JGG.²² Dadurch ist nämlich die Möglichkeit gegeben, in jedem Falle eine eventuelle geistige Abartigkeit eines Jugendlichen zu berücksichtigen und die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt nach § 42b StGB, der § 51 StGB voraussetzt, zu verfügen. Zu einer solchen Anordnung würde man nicht kommen, wenn man sich mit der Prüfung des § 3 JGG begnügen würde. Das gilt insbesondere für die Debilen, die nach der Einteilung der Schwachsinnformen auch als Erwachsene über den Geisteszustand eines Kindes bis zum Beginn der Pubertät regelmäßig nicht hinauskommen.²³

Es führt im Rahmen dieser Arbeit zu weit, auf die vielschichtigen Probleme und Überschneidungen von entwicklungsbedingten und pathologischen Störungen und der damit verbundenen Unfähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen, in allen Einzelheiten einzugehen. In jedem Falle aber kann die Verurteilung eines Jugendlichen immer nur dann erfolgen, wenn sowohl die Verantwortungsreife als auch die allgemeine Zurechnungsfähigkeit des Täters bejaht worden ist, wobei zu beachten ist, daß zur Prüfung der allgemeinen Zurechnungsfähigkeit des § 51 StGB nur aus besonderen Gründen Veranlassung besteht, während die Erörterung der Voraussetzungen des § 3 JGG in Jugendstrafsachen stets erfolgen muß.²⁴

Vgl. auch für Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins beim Ver-
botsirrtum: BGHSt 10, 35ff (ausdrückliche Aufgabe von BGHSt 3,
342!) Anderer Ansicht noch: RGSt 5, 396; 25, 319; RG in GA 40,
171; RG in DR 44, 659 und neuerdings wieder BGHv. 28.2.61 MDR 61, 519!

- 15) Schwalm in MDR 60, 537 16) Schaffstein Lb. S. 34
17) Vgl. BayObLGSt, Urteil v. 28.10.1955 in EJf, C I Nr. 52
18) Komm. z. JGG Anm. 2 zu § 3 19) Jagusch in Leipz. Komm. Anm.
I 3 zu § 3; Sauer NJW 49, 289; BayObLGSt in EJf, C I Nr. 52
20) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm. 24 zu § 3; Grethlein a.a.O. Anm. 4a
zu § 3 21) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm. 29 zu § 3
22) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm. 25 zu § 3; Sauer NJW 49, 289;
Kiesow Komm. Anm. 2 zu § 3; Lange MDR 49, 466; Grethlein Anm. 4 zu
§ 3; Jagusch in Leipz. Komm. Anm. 4 zu § 3; Maurach Lb. I S. 359

Neben § 3 JGG ist auch die Feststellung einer verminderten Zurechnungsfähigkeit gemäß § 51 II StGB nach absolut herrschender Meinung zulässig.²⁵ Dann kommt dem § 51 II StGB zwar die Bedeutung eines fakultativen Strafmilderungsgrundes zu,²⁶ jedoch wird sich diese häufig nicht auswirken, weil die verminderte Schuldfähigkeit des Täters durch erhöhte Erziehungsbedürftigkeit ausgeglichen wird (§ 18 II JGG).²⁷

2.) Die denkbaren Fälle des gleichzeitigen Vor-
liegens von Verantwortungsreife (§ 3 JGG) und
Verbotsirrtum und die im Schrifttum vertretenen
Auffassungen zu dem problematischen Fall.

a.) Die unproblematischen Fälle:

aa) Der Jugendliche ist nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug, um das Unrecht seiner Tat einzusehen und hat auch im konkreten Fall das Unrechtsbewußtsein gehabt:

Hier ergibt sich überhaupt keine Schwierigkeit, denn der Jugendliche wird ganz ohne Besonderheiten nach den allgemeinen Grundsätzen behandelt, d.h. er ist verantwortlich, und ein Verbotsirrtum kommt als Schuldausschließungs- bzw. Schuld minderungsgrund nicht in Betracht.

bb) Der Jugendliche hat nicht die erforderliche Einsicht nach § 3 JGG und auch im konkreten Fall kein Unrechtsbewußtsein :

Da nach allgemeiner Auffassung Voraussetzung dafür, daß ein jugendlicher Täter überhaupt schuldig werden kann, die Verantwortlichkeit nach § 3 JGG ist, fällt eine Prüfung der Frage, ob ein Verbotsirrtum vorgelegen hat oder nicht, nicht mehr ins Gewicht und ist aus praktischen Gesichtspunkten uninteressant. Mit der Verneinung der Altersreife hat daher grundsätzlich jede Untersuchung bezüglich eines etwaigen Verbotsirrtums auszuscheiden.

cc) Es gibt jedoch Fälle, in denen der Jugendliche durchaus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit im Zeitpunkt seiner Tat gehabt hat und doch nach seiner gesamten sittlichen und geistigen Entwicklung nicht reif genug war, um das Unrecht seiner Handlung einzusehen:²⁸

23) Sauer in NJW 49,289ff

24) Potrykus Komm. Anm.3 zu §3; Schaffstein Lb. S.33

25) HEST 1,18 (OLG Hamburg); BGH in GA 54,309; BGHSt 5,366f; Jagusch in Leipz.Komm. Anm.4 zu §3

26) Potrykus Komm. Anm.5 zu §3; HEST 1,18

27) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.31 zu §3

Das ist auf den ersten Blick vielleicht paradox, denn wenn der Jugendliche im konkreten Fall das Unrecht seiner Handlungsweise eingesehen hat, müßte er logischerweise auch dazu fähig gewesen sein. Jedoch liegt in dieser Denkweise ein Trugschluß. Das Einsichtsvermögen ist nämlich nur die eine Seite der in § 3 JGG geregelten Verantwortlichkeit. Häufig fehlt dem Jugendlichen aber die Fähigkeit, den zur Tat hindrängenden Reizen ausreichende Hemmungsvorstellungen entgegenzusetzen, so daß aus diesem Grunde die Verantwortlichkeit fehlt.²⁹ Gerade in diesen Fällen sieht der Täter klar das Unrecht seiner Tat ein, nur ist er nicht imstande, seiner Triebe Herr zu werden und die Tat zu unterlassen. Namentlich bei Sittlichkeitsverbrechen kann sich die Macht des Geschlechtstriebs trotz aller Einsicht als so stark erweisen, daß der Jugendliche ihm nicht widerstehen kann.³⁰ Bei Eigentumsdelikten können die Gegenstrebungen im Kräftespiel der Triebe unter Umständen durch den übermächtigen Besitztrieb einfach überrannt werden.³¹

Da in diesen Fällen die Altersreife und somit die Verantwortlichkeit trotz vorhandenen Unrechtsbewußtseins fehlt, kommt es für die Beurteilung hier nicht mehr auf einen Verbotsirrtum an, der überdies begrifflich gar nicht vorliegen kann, weil eine Schuld, welche wegen unverschuldeten Verbotsirrtums ausgeschlossen werden könnte, gar nicht vorliegt, da es an der Grundvoraussetzung jeder Schuld, an der Verantwortlichkeit nach § 3 JGG bereits fehlt. Es kommt dann also lediglich § 3 JGG zur Anwendung. Klarzustellen war nur, daß vom Vorhandensein des Unrechtsbewußtseins im konkreten Falle nicht rückwärts auf das Vorliegen der jugendlichen Altersreife und strafrechtlichen Verantwortlichkeit geschlossen werden kann.³² Somit ist auch dieser Fall für die Beurteilung des jugendlichen Täters ohne Problematik, jedoch kann es bei Teilnahme- und Anschlußdelikten zu Schwierigkeiten bei der Feststellung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit Schuldunfähiger kommen,³³ auf welche hier jedoch nicht näher eingegangen werden kann.

28) So auch Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.36 zu §3; z.B. auch LG Flensburg, Urteil v.7.2.1951 in ZblJR 51,159

29) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.7 zu §3 und für § 51 StGB: Maurach Lb.I S.386

30) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.7 zu §3

31) Schneider a.a.O. S.16

32) So auch Jagusch in Leipz.Konm.Anm.5 zu §3; Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.36 zu §3

33) Vgl. Maurach Lb.I S.386, was entspr. auch für § 3 JGG gilt.

b) Der problematische Fall des Zusammen-
treffens von Altersreife und Verbotsirrtum.

Der Jugendliche hat nach seiner gesamten sittlichen und geistigen Entwicklung die Reife, das Unrecht seiner Tat einzusehen, hat es aber tatsächlich im konkreten Falle nicht eingesehen oder verkannt; mit anderen Worten: Der Jugendliche ist strafrechtlich nach § 3 JGG verantwortlich, handelte aber bei der Tat in einem unverschuldeten oder verschuldeten Verbotsirrtum:

Auf den ersten Blick könnte ein unvoreingenommener und mit der Materie nicht vertrauter Betrachter auf den Gedanken kommen, daß hier gar keine Problematik zu finden sei. Wenn schon bei einem Erwachsenen heute allgemein anerkannt sei, daß ein unverschuldeter Verbotsirrtum die Schuld ausschließe, dann müsse das erst recht bei einem Jugendlichen gelten, und was den verschuldeten Verbotsirrtum betreffe, so sei diese Milderungsmöglichkeit gerade bei Jugendlichen noch weit eher angebracht und vertretbar als bei Erwachsenen.

Ein solcher Einwand ist berechtigt und wird sich zum Schluß auch als zutreffend erweisen. Aber in letzter Zeit sind zu dieser Frage im Schrifttum mehrere verschiedene Auffassungen vertreten worden, die einen Jugendlichen beim Zusammentreffen von vorhandener Verantwortlichkeit und nicht vorhandenem Unrechtsbewußtsein gegenüber dem Erwachsenen einer Sonderbehandlung unterziehen wollen, so daß ein wirkliches Problem daraus entstanden ist, was allerdings nicht zuletzt mit der wichtigen Frage zusammenhängt, ob die vom BGH entwickelten Grundsätze zum Verbotsirrtum überhaupt auf jugendliche Täter passen, oder ob sie sich nicht in ihren Voraussetzungen mit denen des § 3 JGG decken oder diesen so ähnlich sind, daß eine Analogie zu § 3 JGG möglich und angebracht erscheint.

c) Die im Schrifttum vertretenen Meinungen
zu dem problematischen Fall.

Im einzelnen werden, soweit ersichtlich, folgende Auffassungen vertreten:

aa) Die Mehrzahl der Kommentare zum Jugendgerichtsgesetz³⁴ erkennt zwar grundsätzlich an, daß die Verantwortlichkeit des Jugendlichen nach § 3 JGG und der Schuldausschließungs- bzw. Schuld-minderungsgrund des Verbotsirrtums zwei verschiedene Kategorien

34) Dallinger-Lackner a.a.O., § 3 Anm.33 - 38; Jagusch in Leipz. Komm., § 3 Anm.5; Grethlein a.a.O., § 3 Anm.4b + 4c

des Strafrechts darstellen, welche unabhängig voneinander zu prüfen sind, jedoch begnügen sie sich bei der Behandlung des Problems, in welchem Verhältnis beide Institute zueinander stehen, mit folgender Feststellung: Wenn der Richter das Vorliegen der erforderlichen Reife nach § 3 JGG bejaht habe, werde er in der Regel das Vorhandensein eines unverschuldeten Verbotsirrtums verneinen müssen, denn mit der Anerkennung der Altersreife habe der Richter zum Ausdruck gebracht, daß der Jugendliche auf Grund seines Entwicklungsstandes fähig war, das Unrecht seiner konkreten Tat einzusehen, daß er also zumindest mit den ihm zur Verfügung stehenden Verstandeskräften die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens hätte erkennen können. Nichts wesentlich anderes werde aber auch zum Ausschluß des unverschuldeten Verbotsirrtums vorausgesetzt. Hier müsse der Täter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch bei gehöriger Gewissensanspannung nicht in der Lage gewesen sein, die Einsicht in das Unrecht seiner Tat zu gewinnen.³⁵ Diese Kommentare halten also bei Bejahung der Verantwortlichkeit nach § 3 JGG das Vorliegen eines unverschuldeten Verbotsirrtums bei Jugendlichen in der Regel für ausgeschlossen, während ein verschuldeter offenbar möglich sein soll.

Diese Auffassung ist dogmatisch und praktisch nicht haltbar, was unten darzulegen sein wird. Hier darf nur darauf hingewiesen werden, daß z.B. Dallinger-Lackner ihrer Auffassung wohl selbst nicht sehr sicher sind, denn sie führen an, das Problem sei in Rechtsprechung und Lehre noch nicht geklärt und es seien wohl an einen Jugendlichen grundsätzlich geringere Anforderungen hinsichtlich der Anspannung des Gewissens zu stellen als an Erwachsene. Außerdem wird immer von "in der Regel" und "regelmäßig" bei der Begründung der oben dargelegten Rechtsauffassung gesprochen,³⁶ was auch eine gewisse Unsicherheit verrät und zeigt, daß diese Autoren das Problem noch nicht genügend durchgedacht haben.

bb) Sasse vertritt in seiner Dissertation³⁷ eine Lösung, welche im Ergebnis der strengen Vorsatztheorie nahekommt. Er ist der Ansicht, die vom BGH entwickelten Grundsätze zum Problem des Verbotsirrtums seien auf Jugendliche nicht anwendbar. Ein Jugendlicher verdiene nur dann Strafe, wenn er wisse, daß er Unrecht tue, d.h. wenn er bei seiner Tat aktuelles Unrechtsbewußtsein gehabt habe.³⁸

35) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.35 zu §3 und die anderen wie Bem.34

36) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.33 + 35 zu §3

37) a.a.O.

38) Sasse a.a.O. S.39

Im einzelnen führt Sasse, soweit es hier interessiert, aus:³⁹
"Kann man gegenüber einem reifenden Jugendlichen die Frage stellen, ob er 'bei gehöriger Gewissensanspannung' das Unrecht seines Tuns hätte erkennen können? Die Frage stellen, heißt fühlen, daß sie kaum der Jugend gegenüber gemäß ist. Eine Informationspflicht, wie sie der BGH für den über das Verbot Irrenden aufstellt, kann nur für Vollstrafmündige bestehen, nicht aber gegenüber nur relativ strafmündigen jugendlichen Tätern. Das wäre eine sachwidrige Überforderung dieser Altersgruppe." "Wenn auch der erwachsene Täter bei Nichtkenntnis der rechtlichen Tragweite seines Tuns schon wegen Übernahme dieses Risikos zur Verantwortung gezogen werden kann, so muß doch beim Jugendlichen berücksichtigt werden, daß bei ihm sein erst beginnendes Verhältnis zur Rechtsordnung im Falle des Verbotsirrtums Straflosigkeit rechtfertigt." "Im Jugendstrafrecht ist also die Gleichstellung des Unrechtsbewußtseins mit der bei gehöriger Gewissensanspannung möglichen Verbotskenntnis nicht durchführbar, auch nicht in modifizierter Form. Die Gerechtigkeit verlangt, daß ein jugendlicher Täter, der in Unkenntnis des Verbots handelte, dem nach § 59 StGB unvorsätzlich handelnden Täter gleichgestellt wird. Soweit die auch fahrlässige Tat strafbar ist, ist er gegebenenfalls nur wegen dieses Verschuldens strafbar." Sasse kommt letztlich also zu dem Ergebnis, daß ein Verbotsirrtum eines Jugendlichen immer unverschuldet sei.

Diese Ansicht zum Problem des Verhältnisses des § 3 JGG zum Verbotsirrtum erscheint ebenfalls nicht als vertretbar. Wie darzulegen sein wird, enthält sie mehrere Ungenauigkeiten und Inkonssequenzen. Selbst wenn die Forderungen Sasses, die in dem zitierten Ausschnitt angeklungen sind, berechtigt sein sollten, würden sie nicht notwendig zu dem Schluß führen müssen, im Jugendstrafrecht könne nur die Vorsatztheorie mit der Gleichstellung von Verbots- und Tatbestandsirrtum im Rahmen des § 59 StGB Geltung haben, nicht aber könnten die vom BGH zum Irrtumsproblem entwickelten Grundsätze im Jugendstrafrecht in irgendeiner Form brauchbar und anwendbar sein.

cc) Einige weitere Autoren scheinen der Ansicht, die übrigens auch der Verfasser vertreten wird, folgen zu wollen, daß sehr wohl die im Plenarbeschluß des BGH vom 18.3.1952 dargelegten Prinzipien zum Irrtumsproblem unabhängig neben dem Problem der Verantwortlichkeit nach § 3 JGG zur Anwendung kommen können, natürlich in einer

39) Sasse a.a.O. S.38,39,40

im Hinblick auf die besondere Persönlichkeitsstruktur des jugendlichen Menschen besonders ausgeformten Weise. Keiner dieser Autoren hat jedoch seine Auffassung näher begründet oder auch nur klar ausgesprochen. Sie ist meist nur zwischen den Zeilen herauszulesen. So begnügt sich Potrykus⁴⁰ mit einem Satz: "Irrt er aber über das Verbotensein der Tat, so ist seine Schuld ausgeschlossen, wenn der Verbotsirrtum entschuldbar erscheint." Ob aber die BGH-Grundsätze, von denen Potrykus offenbar ausgeht, hier wirklich angewendet werden können, wird mit keinem Wort untersucht.

Ebenso wird in "Das Deutsche Bundesrecht"⁴¹ dieses Problem mit einem Satz abgetan und einfach unterstellt, daß die Grundsätze des BGH auf Jugendliche anwendbar seien: "Besonders sorgfältig ist bei Jugendlichen außerdem⁴² die Frage des Unrechtsbewußtseins (Verbotsirrtums) zu prüfen."

Sauer,⁴³ der allerdings noch von der Vorsatztheorie, welche im Jahre 1949 noch herrschend war, ausgeht, sieht in dieser Frage um vieles klarer und tiefer: "Die Sachlage kann aber auch eine solche sein, daß dem Jugendlichen bei sonst vorhandener geistiger und sittlicher Entwicklungsreife für die von ihm begangene Tat das erforderliche Unrechtsbewußtsein gefehlt hat. Wenn selbst im Erwachsenenstrafrecht heute weitestgehend zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefordert wird, so ist das gleiche auch für das Jugendstrafrecht, und zwar in einem der Natur des Jugendlichen gerecht werdenden Umfange, zu berücksichtigen."⁴⁴

Hiermit dürften, soweit ersichtlich, alle Autoren angeführt sein, die das Problem des Verhältnisses zwischen vorhandener Altersreife und nicht vorhandenem Unrechtsbewußtsein überhaupt in irgendeiner Form erkannt und behandelt haben.

- 3.) Mit Feststellung der Reife des Jugendlichen ist nicht bereits gleichzeitig geklärt, daß bei Ausführung der Tat auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorgelegen hat.

Der Verbotsirrtum ist nicht bereits in § 3 JGG erfaßt.

Eine Analogie zu dieser Bestimmung ist nicht möglich.

40) a.a.O. Anm. 2a zu § 3

41) a.a.O. Ziff. II G 75, S. 35 Anm. zu § 3 JGG

Um diese Behauptungen durch konkrete Tatsachen und Rechtsüberlegungen bekräftigen und beweisen zu können, ist es zunächst erforderlich, die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede zwischen dem Institut der Jugendverantwortlichkeit und demjenigen des Unrechtsbewußtseins zu untersuchen und herauszustellen, damit deutlich wird, inwieweit beide sich berühren und überschneiden und inwieweit Übereinstimmungen fehlen. Das ist nämlich die Voraussetzung für die Lösung des Problems.

a.) Die Gemeinsamkeiten von Verantwortungs-
reife und Unrechtsbewußtsein:

aa) Beide Institute berühren die Frage, ob ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen einem Täter zurechenbar ist oder nicht,⁴⁵ denn es ist allgemein anerkannt in der heutigen Strafrechtsdogmatik, daß sowohl die Verantwortlichkeit nach § 3 JGG als auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gegeben sein müssen, damit einem jugendlichen Täter überhaupt ein Vorwurf gemacht werden kann (Man streitet sich nur über das Verhältnis der beiden!). Über diese Gemeinsamkeit bei der Begriffe bezüglich der Zurechenbarkeit hinaus ist die Auffassung als absolut herrschend anzusehen, welche sowohl in § 3 JGG⁴⁶ als auch im unverschuldeten Verbotsirrtum⁴⁷ einen Schuldausschließungsgrund zumindest im weiteren Sinne sieht. Das bedeutet, daß die Schuld ausgeschlossen ist, wenn entweder die Reife nicht gegeben ist oder ein unverschuldeter Verbotsirrtum vorliegt oder aber auch, wenn beides zusammentrifft. Daß bei Fehlen der Altersreife nach wohl herrschender Meinung⁴⁸ bereits eine Schuldvoraussetzung entfällt, während bei unvermeidbar fehlendem Unrechtsbewußtsein der Schuldvorwurf nicht erhoben werden kann, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, denn ob eine Schuldvoraussetzung oder ein Schuldvorwurf nicht gegeben ist, ergibt für die Folge, daß die Schuld dadurch ausgeschlossen wird, keinen Unterschied. Damit handelt es sich bei beiden Instituten um Schuldausschließungsgründe im weiteren Sinn.

42) Unterstreichung vom Verfasser! "Außerdem" bezieht sich auf "außer der Prüfung des § 3 JGG".

43) NJW 49,289ff 44) Unterstreichung vom Verfasser!

45) So auch Sauer in NJW 49,289

46) z.B. Schaffstein Lb. S.33; Maurach Lb.I S.356; Potrykus Komm. Anm.4 zu §3; Peters RJGG Anm.5 zu §3

47) Alle Autoren sowohl der Vorsatz- als auch der Schuldtheorie mit Ausnahme von Schwarz und Arndt, die bloßen Strafausschl.grund annehmen(NJW 55,526 + NJW 49,291). Dagegen durchschlagend: Vianden-Grüter NJW 55,1057ff und Hartung JZ 55,663

48) Fuhrmann in Dalcke Anm.1 zu §5 JGG,S.1668; Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.8 zu §3; Grethlein a.a.O. Anm.3a zu §3;Wunder aaO.S.10

bb) § 3 JGG, soweit er hier interessiert, also die erste Alternative, und das Unrechtsbewußtsein betreffen beide das intellektuelle Moment des Erkennens bzw. Erkennen-Könnens des Unrechts. Insbesondere beziehen sich beide auf die Könnensfrage, haben also mit der Wollensfrage nichts zu tun. § 3 JGG erfordert die Reife, "das Unrecht der Tat einzusehen." Das betrifft also die Fähigkeit, das In-der-Lage-Sein, die Möglichkeit, das Können des Jugendlichen. Beim Verbotsirrtum kommt es darauf an, ob der Täter bei gehöriger Gewissensanspannung bzw. Erkundigung das Unrecht seiner Tat hätte erkennen können. Die Parallelität bezüglich der Könnensfrage ist damit offensichtlich.⁴⁹

cc) Sowohl die Altersreife als auch das Unrechtsbewußtsein müssen bei der konkreten, vom Täter begangenen Tat vorhanden gewesen sein. Für das Unrechtsbewußtsein ergibt sich das ganz von selbst, da es ohne Bezug auf die konkrete Tat in unserem Strafrechtssystem nicht denkbar wäre. Genauso wie der Vorsatz des Täters sich auf jedes einzelne Tatbestandsmerkmal beziehen muß, muß das Unrechtsbewußtsein die konkrete einzelne Tat betreffen und umfassen. Ein allgemeines abstraktes Unrechtsbewußtsein, also ein praktisch nicht umschriebenes, ungewisses Gefühl des Unrechtgetan-Habens ist nicht von strafrechtlicher Bedeutung.

Auch die Altersreife, bei der man auf den ersten Anschein eine abstrakte Betrachtungsweise für möglich halten könnte,⁵⁰ ist nicht losgelöst von der Tat zu beurteilen. Es kommt nicht darauf an, daß der Jugendliche entwicklungsmäßig in der Lage war, das Unrecht einer solchen Tat schlechthin zu erkennen und einzusehen, sondern an der konkreten Tat bemißt sich die Einsichtsfähigkeit.⁵¹

dd) Wenn § 3 JGG voraussetzt, daß der Jugendliche nach seiner "sittlichen und geistigen Entwicklung"⁵² reif genug sein muß, das Unrecht seiner Tat einzusehen, dann ist eine weitere sehr grobe Ähnlichkeit zu den Grundsätzen des Verbotsirrtums nicht zu leugnen: Der BGH hat ausgesprochen,⁵³ daß der Täter verpflichtet sei, "alle seine Erkenntniskräfte und alle seine sittlichen Wertvorstellungen"⁵⁴ einzusetzen, wenn es gelte, sich über die Rechtmäßigkeit eines bestimmten Verhaltens ein Urteil zu bilden. In beiden Fällen werden also Forderungen an den Intellekt und an die sittlichen, moralischen, ethischen Fähigkeiten und Anlagen gestellt.

49) So auch Brauneck a.a.O. S.261ff

50) So z.B. RGSt in DR 1944,659

51) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.9 zu §3; Potrykus Komm. Anm.2d zu § 3; Becker-Mantler-Scheunemann- V i n s S.62; RGSt 5,395; a.A. Kohlrausch "Sollen und Können" S.25

ee) Altersreife und Unrechtsbewußtsein müssen beide nicht bezüglich der positiven gesetzlichen Verbots- bzw. Gebotsnorm gegeben sein, sondern beziehen sich auf das materielle Unrecht, auf die hinter dem positiven Recht stehende Ordnung. Das muß als absolut herrschende Auffassung angesehen werden.⁵⁵ Hier paßt der Mezger'sche Begriff der "Parallelwertung in der Laiensphäre"⁵⁶ recht gut, d.h. der Täter muß zwar nicht in rechtstechnischer Beurteilung, aber doch in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Bewertung das Unrecht erkennen bzw. einsehen können.

ff) Zu diesen Gemeinsamkeiten bzw. Ähnlichkeiten beider Institute gesellt sich noch eine weitere: Sowohl die Reife, das Unrecht der Tat einzusehen, als auch das Unrechtsbewußtsein bei der konkreten Tat sind nach heute anerkannter Ansicht teilbar. Die Verantwortlichkeit des Jugendlichen ist auf den gesetzlichen Tatbestand beschränkt, für den zur Zeit der Tat die Einsichtsreife gegeben war;⁵⁷ er muß folglich reif sein, den Unrechtscharakter qualifizierender, strafferhöhender Umstände über den Grundtatbestand hinaus einzusehen. Ferner muß die Verantwortungsreife bezüglich jedes einzelnen konkurrierenden Deliktes gegeben sein.

Ob das Unrechtsbewußtsein bei Erwachsenen insbesondere in Hinsicht auf einen Verbotsirrtum teilbar ist, war lange recht umstritten. Man glaubte zunächst, es genüge, wenn das Bewußtsein, mit der Tat Unrecht zu tun, in Bezug auf nur einen Tatbestand vorhanden gewesen sei. Dann beziehe sich dieses automatisch auch auf konkurrierende oder strafferhöhende Tatbestände und Tatumstände.⁵⁸ Bald kam die Rechtsprechung, geführt durch die Lehre, aber zu der Erkenntnis, daß diese Auffassung von der Unteilbarkeit des Unrechtsbewußtseins mit dem das Strafrecht beherrschenden Schuldgrundsatz nicht vereinbar ist und stellte die These von der Teilbarkeit des Rechtswidrigkeitsbewußtseins auf.⁵⁹

52) Unterstreichungen vom Verfasser!

53) BGHSt 4,5ff

54) Unterstreichungen vom Verfasser!

55) Für den Verbotsirrtum z.B. BGHSt 10,35(41); für die Verantwortungsreife z.B. Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.5 zu §3

56) Mezger Studienbuch S.179

57) Grethlein a.a.O. Anm.2 zu §3; Potrykus Komm. Anm.6 zu §3; Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.13 zu §3; Lange SJZ 49,399f; auch RGSt 11,387; 47,388; 52,371; a.A.: RG in DR 44,659

58) So z.B. RG in DR 44,659; RGSt 5,396; 25,319; RG in GA 40,171; in neuerer Zeit auch BGHSt 3,342f

59) Bindokat JZ 53,784; Warda NJW 53,1053; BGH in NJW 52,671; BGH in JZ 53,185; dann besonders BGHSt 10,35ff unter ausdrücklicher Aufgabe von BGHSt 3,342f!

Ohne Zweifel ist, wie sich aus dieser bisherigen Gegenüberstellung von Einsichtsreife und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ergibt, eine Reihe von Ähnlichkeiten und auch sich völlig deckenden Gleichheiten vorhanden. Jedoch reichen diese, wie sich zeigen wird, nicht aus, beide Institute gleich zu behandeln oder das eine in dem anderen aufgehen zu lassen. Die nunmehr darzustellenden tiefgreifenden Unterschiede zwischen § 3 JGG und dem Unrechtsbewußtsein beim Verbotsirrtum werden ergeben, daß sogar nicht einmal ein Analogieschluß aus § 3 JGG für den Verbotsirrtum bei Jugendlichen gezogen werden kann:

l.) Die Unterschiede zwischen der Verantwortungsreife (§ 3 JGG) und dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in rechtsdogmatischer Hinsicht.

aa) Den Unterschied zwischen § 51 StGB und dem Unrechtsbewußtsein beim Verbotsirrtum hat bereits der Bundesgerichtshof in seinem Plenarbeschluß vom 18.3.1952 einigermaßen deutlich hervor gehoben, nämlich in folgenden Worten:⁶⁰ "Die Kenntnis (des Unrechts) kann fehlen, weil der Täter zufolge der in § 51 I StGB aufgezählten krankhaften Vorgänge unfähig ist, das Unrechtmäßige seines Tuns einzusehen. Hier ist die Unkenntnis des Täters Folge eines unabwendbaren Schicksals. Sie kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht und nicht zur Schuld zugerechnet werden. Er ist deshalb strafrechtlich unzurechnungsfähig. Das Bewußtsein, Unrecht zu tun, kann im einzelnen Falle auch⁶¹ beim zurechnungsfähigen Menschen fehlen" Hier ist herausgestellt, daß die generelle Möglichkeit, die grundsätzliche Fähigkeit zur Unrechtserkenntnis, deshalb fehlt, weil der betreffende Mensch krank ist. Dem im Sinne des § 51 I StGB unzurechnungsfähigen Menschen kann man grundsätzlich nicht die Fähigkeit zusprechen, das Unrecht seines Tuns zu erkennen, und zwar hat das eben diese krankheitsbedingte bzw. einer Krankheit gleichwertige Ursache.⁶²

60) BGHSt 2,201 = JZ 52,337

61) Unterstreichung vom Verfasser!

62) Der BGH dehnt neuerdings den § 51 StGB auch auf Fälle der nicht krankhaften Bewußtseinsstörung aus (Urteile des Ferienstrafsenats des BGH vom 22.7.1959 (4StR 250/59) und vom 29.7.1959 (4StR 214/59)). In beiden Fällen wurden zwar die Urteile der Schwurgerichte, die nicht krankhafte Bewußtseinsstörungen annahmen, aufgehoben, jedoch vertritt der BGH in den Urteilsgründen die Ansicht, daß zwar auch nicht krankhafte Bewußt-

Auch einem Jugendlichen kann diese Fähigkeit der Unrechts-
erkenntnis fehlen, und zwar nicht aus anormalen krankheitsbeding-
ten, sondern aus normalen entwicklungsbedingten Ursachen heraus.
Daran hat der BGH in seinem Beschluß auch gedacht, nur hat er dies
nicht so breit ausgeführt wie hinsichtlich des § 51 StGB. Der BGH
grenzt nämlich das Unrechtsbewußtsein des zurechnungsfähigen Men-
schen auch gegenüber § 3 JGG ab, indem er sagt:⁶³ "Der innere
Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, daß der Mensch auf freie,
verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb
befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entschei-
den, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens ein-
zurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden, sobald er die
sittliche Reife erlangt hat und⁶⁴ solange die Anlage zur freien
sittlichen Selbstbestimmung nicht durch die in § 51 StGB genann-
ten krankhaften Vorgänge vorübergehend gelähmt oder auf Dauer zer-
stört ist."

Der BGH geht also erkennbar davon aus, daß grundsätzliche
Voraussetzung für das Vorliegen eines Verbotsirrtums, für das Feh-
len des Unrechtsbewußtseins und die Behandlung desselben nach den
neuen Prinzipien die vollentwickelte und nicht angekrankelte An-
lage zur freien sittlichen Selbstbestimmung des Menschen ist.

Hieraus ergibt sich der erste tiefgreifende Unterschied zwi-
schen der Verantwortungsreife und dem Unrechtsbewußtsein beim Ver-
botsirrtum: Bei § 3 JGG ist eindeutig nach dem Gesetzeswortlaut
allein auf die entwicklungsbedingte Unfähigkeit, das Unrecht des
Handelns einzusehen, abgestellt. Es muß also als Ursache der

seinsstörungen unter § 51 StGB fallen können, aber nur, wenn
sie nicht selbstverschuldet sind. Hierin ist das Bemühen des
BGH zu erkennen, der übermäßigen Berücksichtigung nicht krank-
hafter Bewußtseinsstörungen im Bereiche des § 51 StGB entge-
genezutreten.

Auch der Entwurf 1960 für ein neues StGB stellt in § 24 die
Möglichkeit der Berücksichtigung nicht krankheitsbedingter
Bewußtseinsstörungen heraus, nur hebt er zwecks Eindämmung
und Begegnung der Gefahr allzu weiter Ausdehnung des § 24
nicht wie der BGH auf den Gedanken des Selbstverschuldens,
sondern auf das Merkmal der Gleichwertigkeit ab. Das ist wohl
von der Warte des Schuldgrundsatzes gesehen die bessere Lö-
sung, da man sonst allzu nahe an das umstrittene Problem der
Lebensführungsschuld herankommt. Die nicht krankhafte Bewußt-
seinsstörung muß also wenigstens Krankheitswert haben! Vgl.
dazu auch Schwalm in MDR 60,540!

63) BGHSt 2,200f = JZ 52,337

64) Unterstreichung vom Verfasser!

Schuldunfähigkeit eine grundsätzlich nicht anormale Reifeverzögerung gegeben sein. Andere Gesichtspunkte haben bei der Prüfung des § 3 JGG außer Betracht zu bleiben. Gerade das ist aber beim Verbotsirrtum anders: Hier wird ein vollentwickelter Mensch, bei dem die Anlage zu freier sittlicher Selbstbestimmung bereits vorhanden ist, vorausgesetzt. Die Ursachen dafür, daß er das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht hatte, sind nicht unmittelbar in ungenügender geistiger und sittlicher Entwicklung zu suchen, sondern liegen woanders, nämlich meist in äußeren Umständen, sei es, daß ganz konkrete Einzelumstände (falsche Belehrung, falsche Schlußfolgerungen etc.), sei es, daß Umwelt und Erziehung die Möglichkeit der Unrechtseinsicht zunichte machen.

bb) Der wichtigste und weitgreifendste Unterschied zwischen Altersreife und Unrechtsbewußtsein besteht darin, daß bei der Prüfung der Altersreife lediglich die Fähigkeit, im konkreten Falle das Unrecht der Tat einzusehen, gefordert werden darf,⁶⁵ während es nach der Rechtsprechung des BGH zum Verbotsirrtum darauf ankommt, ob der Täter in der konkreten Situation das Unrecht seiner Tat tatsächlich erkannt hat oder wenigstens bei gehöriger Gewissensanspannung hätte erkennen können. Es ist nunmehr näher zu prüfen, ob zwischen der Fähigkeit zur Unrechtseinsicht gemäß § 3 JGG und dem aktuellen Unrechtsbewußtsein einerseits und zwischen dieser Fähigkeit und dem potentiellen Unrechtsbewußtsein andererseits wirkliche, tatsächliche Unterschiede bestehen oder ob es sich hier nur um eine verschiedene Diktion handelt:

Wie sich aus dem Beschluß des BGH vom 18.3.1952 ergibt, ist die freie sittliche Selbstbestimmung des Menschen grundsätzliche existentielle Voraussetzung der Vorwerfbarkeit überhaupt; das ist aber seine Schuld- oder Zurechnungsfähigkeit. Diese Schuldfähigkeit ist in der konkreten Tatsituation entweder generell vorhanden oder generell nicht vorhanden, ganz unabhängig davon, ob der Täter handelt oder nicht handelt, ob er sich rechtmäßig oder rechtswidrig verhält.⁶⁶ Dabei spielt es also noch gar keine Rolle, ob der Täter das Unrecht der konkreten Tat konkret eingesehen oder erkannt hat, sondern ob er generell nach der Gesamtanlage und der Gesamtentwicklung seiner Persönlichkeit in der Lage, d.h. fähig und reif war,

65) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.4 zu §3; Welzel Lb.S.132; Lange SJZ 49,398 und MDR 49,467; Buse NJW 49,527; auch RGSt 5,395
66) Welzel Lb. S.136

das Unrechtmäßige seines Tuns zu erkennen, ob also überhaupt die ganz abstrakte Möglichkeit bestand, daß dieser Täter das Unrecht dieser seiner konkreten Tat hat einsehen können. Der rein begriffliche und dogmatische Unterschied ist somit offenbar.

Jedoch darf daraus nicht geschlossen werden, und dieser Eindruck soll hier keinesfalls erweckt werden, daß die beiden Bestandteile der Schuld, die Verantwortlichkeit des Jugendlichen und das Unrechtsbewußtsein, völlig losgelöst und selbständig nebeneinander stehen. Denn einmal sind existentielle Merkmale der Vorwerfbarkeit alle diejenigen Momente, die als Grundvoraussetzungen dazu erforderlich sind, daß der Täter überhaupt in der Lage ist, Unrechthandlungen zu erkennen; das sind die Verantwortlichkeit nach § 3 JGG und die Zurechnungsfähigkeit nach § 51 StGB. Zum anderen stellt die individuelle Schuld, bei der einzelnen Tat das Unrecht eingesehen zu haben bzw. bei gehöriger Gewissensanspannung einsehen zu können, lediglich die Konkretisierung der Schuldfähigkeit im Hinblick auf die einzelne Tat dar. Darauf deutlich hingewiesen zu haben, ist das Verdienst Maurachs⁶⁷ und Welzels⁶⁸. Die Reife des Jugendlichen im Sinne des § 3 JGG bildet als Schuldfähigkeit die Grundvoraussetzung dafür, daß er nun auch in der ganz speziellen, auf die in Frage stehende Tat bezogenen Situation das Unrecht dieses seines Verhaltens zu erkennen und einzusehen in der Lage war, daß sich die generelle Schuldfähigkeit, die ja wertungsfrei ist, bei der konkreten Tat also in werthafte Schuld verdichten konnte.

Mit anderen Worten: Die Jugendverantwortlichkeit ist ein konstitutives Schuldmerkmal, grundsätzliche Schuld voraussetzung, die die Frage der Zurechenbarkeit im weiteren Sinne betrifft.⁶⁹ Das Unrechtsbewußtsein beim Verbotsirrtum dagegen ist ein beschreibendes Schuldmerkmal, es bezieht sich auf den Schuldvorwurf und umfaßt die Frage des Maßes der Vorwerfbarkeit. Erst im sukzessiven Zusammenwirken beider Komponenten zeigen sich Wesen und Inhalt der Schuld.⁷⁰

Das wird auch praktisch darin deutlich, und das ist ein weiteres Argument für die Notwendigkeit einer scharfen Trennung von Schuld voraussetzung und Schuldvorwurf, daß der Richter bei der Prüfung einer Straftat aus sachlogischen Gründen an eine bestimmte

67) Lb. I S.373

68) Lb. S.136; auch bereits zu Dohna in GS 65,322

69) Hardwig "Zurechnung ..." S.234f

70) Maurach Lb. I S.373

Reihenfolge gebunden ist: Zunächst prüft er - hier interessiert natürlich nur die Reihenfolge der untersuchten Institute - die Zurechnungs- bzw. Verantwortungsfähigkeit als grundsätzliche Schuld voraussetzung. Dann untersucht er nach Bejahung der Schuld-fähigkeit die Frage, ob dem Täter auch ein konkreter Schuldvorwurf zu machen ist. Jetzt kommt er, und darauf kommt es an, nicht gleich zur Prüfung des Verbotsirrtums, sondern zur Prüfung des Vorsatzes, denn die Frage, ob der Täter über das Verbotensein seines Verhaltens geirrt hat, kann erst dann auftauchen, wenn feststeht, daß er den Straftatbestand in vollem Umfange vorsätz-lich verwirklicht hat.⁷¹ Der Täter muß die Tat mit Wissen und Willen unternommen haben und alle Umstände gekannt haben, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Es ist daher zunächst zu erörtern, ob ein Tatbestandsirrtum nach § 59 StGB gegeben ist. Erst, wenn dies verneint worden ist, kommt ein Verbotsirrtum in Betracht.⁷² Zwischen die Prüfung der Schuldfähigkeit und des Unrechtsbewußt-seins beim Verbotsirrtum ist also methodologisch-dogmatisch not-wendigerweise die Untersuchung darüber geschaltet, ob die Tat vor-sätzlich gewesen ist. Die Vorsätzlichkeit der Tat betrifft aber bereits die Frage, ob dem die Schuld voraussetzung erfüllenden Tä-ter ein konkreter Schuldvorwurf gemacht werden kann. Das gleiche muß dann auch für die nach dem Vorsatz zu prüfende Frage des Un-rechtsbewußtseins gelten.

Diese beiden wohl wichtigsten bisher erörterten Unterschiede zwischen Verantwortlichkeit und Unrechtsbewußtsein werden auch in der Begründung des Entwurfs 1960 zu einem neuen Strafgesetzbuch⁷³ herausgestellt, und zwar ebenfalls mit der Maßgabe, daß das tat-sächlich vorliegende Unrechtsbewußtsein die Schuldfähigkeit zur unmittelbaren Grundlage hat: "Beide Regelungen beziehen sich auf das Fehlen der Einsicht in das materiell Rechtswidrige der be-stimmten Tat. Der Unterschied liegt einmal in den Ursachen des Fehlens (entwicklungsbedingt bzw. krankheitsbedingt - nicht un-bedingt entwicklungs- bzw. krankheitsbedingt), zum anderen darin,

71) BGHSt 5,301ff; BGH in NJW 55,150ff; Engisch ZStrW 70,575; Kreutzer in NJW 55,1307

72) BGHSt 5,311 und besonders deutlich Engisch in ZStrW 70,582: "Ich möchte aber noch einmal daran erinnern, daß man im Zwei-fel eher einen Tatbestandsirrtum als einen Verbotsirrtum anzu-nehmen hat (ZStrW 66,372f). Dies entspricht dem Grundsatz, daß ein echter Verbotsirrtum überhaupt nur in Betracht kommt, wenn der Tatbestandsvorsatz als solcher in vollem Umfange festge-stellt ist." Vgl. auch BGH v.24.6.1960 in NJW 61,929f

daß beim Verbotsirrtum das Fehlen der Einsicht in der Steigerungsform des positiven Irrtums, d.h. in der Form der aktuellen Annahme, kein Unrecht zu tun, vorliegen muß, während es für die Schuldfähigkeit nicht hierauf ankommt, sondern auf das Fehlen der potentiellen Einsicht, der Einsichtsfähigkeit."⁷⁴

So klar und überzeugend diese Abgrenzung und Unterscheidung auch klingt, sie wurde in letzter Zeit zum Einfallstor für Bestrebungen, die selbständige Bedeutung des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit anzuzweifeln und mit dem allgemeinen Begriff der Möglichkeit der Unrechtskenntnis zu vermischen.⁷⁵

Dreher kommt zu dem Ergebnis, die erste Alternative des § 51 Abs.I StGB sei nur noch ein Anwendungsfall des schuldausschließenden Verbotsirrtums,⁷⁶ denn die Voraussetzungen für die Schuldfähigkeit und für das potentielle Unrechtsbewußtsein beim Verbotsirrtum seien dieselben: Bei beiden sei zu fragen, ob der Täter das Unrecht seiner Tat hätte erkennen können, d.h. ob er in der Lage, also fähig gewesen sei, das Unrecht zu erkennen.⁷⁷ Der BGH habe in seinem Beschluß vom 18.3.1952 den allgemeinen Grundsatz festgelegt, daß ohne Schuld handelt, wer außerstande ist, das Unrecht seiner Tat zu erkennen.⁷⁸

Dieser Ausgangspunkt und damit der Schluß Drehers ist unrichtig: Der BGH hat gerade nicht für die Schuldfähigkeit und die potentielle Unrechtskenntnis dieselben Voraussetzungen aufgestellt, denn er geht davon aus, daß jeder Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sobald er die sittliche Reife erlangt hat und solange nicht die Voraussetzungen des § 51 StGB vorliegen.⁷⁹ Der BGH geht also vom zurechnungsfähigen und verantwortlichen Täter aus. Ob und wann dieser zurechnungsfähig ist, behandelt der BGH gar nicht, denn das ist bereits in § 3 JGG und § 51 StGB geregelt. Eine gewisse Ähnlichkeit der Kriterien darf nicht dazu verleiten, Zurechnungsfähigkeit und Unrechtsbewußtsein einfach über einen Kamm zu scheren. Beide Institute befassen sich schließlich mit der Schuld; allein deshalb dürfen die

73) Begrdg. zu § 24 vorletzter Absatz.

74) Unterstreichung vom Verfasser!

75) Dreher in GA 57,97ff; Schröder in GA 57,297ff; Schöнке-Schröder Komm. 10.Aufl. Anm.II 2 a zu § 51; Diese Veröffentlichungen betreffen zwar das Verhältnis von § 51 StGB zum Verbotsirrtum, sind aber wegen der gleichen grundlegenden Konzeption auch für § 3 JGG einschlägig. Vgl. neuestens Armin Kaufmann "Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum" in Festschr.f.Eb.Schmidt 1961 S. 319ff!

großen Unterschiede nicht übersehen werden. An dieser Stelle muß zur Verdeutlichung etwas eingehender auf die Voraussetzungen des unverschuldeten Verbotsirrtums eingegangen werden, so wie der BGH sie in seinem Plenarbeschluß herausgearbeitet hat:

Wenn man die Existenz der Willensfreiheit des Menschen anerkennt und nicht allein davon ausgeht, daß er Produkt von Erziehung und Umwelt ist, wenn also der Begriff "Schuld" infolge des sittlichen Appells, den das moderne Schuldstrafrecht an den zurechnungsfähigen Täter stellt, mit echtem Wert gefüllt ist, dann hat der zurechnungsfähige Mensch die Pflicht, sein Gewissen anzustrengen oder Erkundigungen einzuziehen, wenn er selbst nicht auf Anhieb entscheiden kann, was Recht und was Unrecht ist. Erst wenn er trotz gehöriger Gewissensanspannung nicht zur Unrechtseinsicht gelangen konnte, kommt er in den Auswirkungen einem nach § 51 StGB unzurechnungsfähigen Täter nahe, denn dann kann gegen ihn ein Schuldvorwurf nicht erhoben werden. Aber es ist nicht etwa so, daß dem Täter, der nicht in der Lage ist, (also zurechnungsunfähig ist) auf eine bestimmte Art und Weise die rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, die Pflicht auferlegt wird, dies doch zu tun, was unzulässig wäre,⁸⁰ sondern man legt ihm die Rechtspflicht auf, sein Gewissen anzuspannen, damit unter Umständen das Unrecht doch noch erkannt wird. Wenn der Beschluß des BGH konsequent interpretiert wird, muß sogar so weit gegangen werden, daß ein zurechnungsfähiger Täter selbst dann schuldig ist, wenn feststeht, daß die Auskunft, deren Einholung er pflichtwidrig unterlassen hat, den Irrtum nicht behoben hätte.⁸¹ Jeder verantwortliche bzw. zurechnungsfähige Täter unterliegt dem Postulat der Gewissensanspannung, nicht nur derjenige, der dadurch zur Unrechtskenntnis hätte kommen können. Strengt er sein Gewissen nicht an oder erholt er nicht die nötigen Auskünfte, dann ist der Verbotsirrtum grundsätzlich schuldhaft, weil die Unterlassung der gehörigen Gewissensanspannung dem Täter bereits zum Vorwurf gereicht, ja die Gewissensanspannung ist geradezu Bedingung für die Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums.⁸² Ob der Täter zur richtigen

76) Im Ergebnis ebenso Seelig in Mezger-Festschrift S.223

77) So auch H.Mayer I.b.S.237 und Köhler a.a.O. S.75, die den dogmatischen Standpunkt beider Institute in der Schuldfähigkeit gelegen sehen.

78) Dreher in GA 57,98 79) BGHSt 2,200f = JZ 52,337

80) Engisch "Untersuchungen ..." S.444

81) So BayObLGSt, Vorlegungsbeschluß gemäß § 121 II GVG vom 12.2.1960 in NJW 60,504 wegen der entgegenstehenden Entscheidung ./.

Erkenntnis hätte kommen können, spielt erst für die weitere Frage eine Rolle, ob der Verbotsirrtum vermeidbar war oder nicht. Hier liegt das Regulativ des Schuldmaßes, nicht bereits vor der Gewissensanspannung überhaupt, denn der Täter kann nur dann als entschuldigt angesehen werden, wenn er alles ihm Zumutbare getan hat, um sich Gewißheit zu verschaffen und etwa bestehende Zweifel zu klären.⁸³

Der Unterschied zwischen Schuldfähigkeit und potentiell Unrechtsbewußtsein liegt somit darin, daß bei letzterem grundsätzlich Gewissensanspannung und Erkundigung verlangt werden als Postulat modernen Schuldstrafrechts. Erst wenn der Täter dieses Postulat erfüllt hat, kommt man zu der weiteren Frage, ob er trotz-dem⁸⁴ nicht in der Lage war, das Unrecht zu erkennen. Hier allerdings ist eine gewisse Ähnlichkeit der Kriterien nicht zu leugnen, die sich aber aus der Tatsache ergibt, daß die Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins die Konkretisierung der Schuldfähigkeit darstellt.⁸⁵ Von hier aus wird diese gewisse Ähnlichkeit verständlich, darf jedoch nicht über die völlige Verschiedenheit von Schuldfähigkeit und potentiell Unrechtsbewußtsein hinwegtauschen.

In ganz besonderen Ausnahmefällen kann allerdings tatsächlich einmal die Pflicht zur Erkundigung entfallen (keine Regel ohne Ausnahme!), z.B. wenn die zuständige Person, bei der die Auskunft einzuholen gewesen wäre, den Täter zu der Tat selbst bewogen, also angestiftet hat.⁸⁶ Jedoch stellt die Erkundigungspflicht nur einen Unterfall der allgemeinen Rechtspflicht zur Gewissensanspannung dar, insbesondere zum eigenen Nachdenken, und es wird in einem solchen Fall zu prüfen sein, ob diese nicht verletzt worden ist.

Wegen der zusätzlichen Voraussetzung der gehörigen Gewissensanspannung, die systematisch zwischen der vom BGH gar nicht erörterten, sondern vorausgesetzten Zurechnungsfähigkeit bzw. Verantwortlichkeit und der Frage, ob der Verbotsirrtum vermeidbar war oder nicht, steht, ist entgegen der Ansicht Dreher's die Zurechnungsfähigkeit bezüglich ihres intellektuellen Moments kein bloßer Unterfall des schuldausschließenden Verbotsirrtums.

des Kammergerichts in VRS 13,144

82) So auch Küchenhoff in Rittler-Festschrift S.195 und Korbmacher in NJW 53,931f

83) Buse in NJW 49,529

84) BGHSt 2,201 = JZ 52,337

85) Vgl. Anm.67 + 68

86) Vgl. BGH, Urt.v.6.10.1953
in JR 54,188

Auch das weitere Argument Dreher⁸⁷, dem insoweit Schröder⁸⁸ folgt, es könne nicht darauf ankommen, welches die Entstehungsursache dafür sei, daß der Täter das Unrecht seines Tuns nicht erkennen könne, weil der Vorwurf immer dann entfalle, wenn der Täter ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht imstande gewesen sei, das Unrechtmäßige der Tat einzusehen, kann nicht überzeugen. Der Entstehungsgrund ist einmal wichtig wegen der verschieden gearteten Rechtsfolgen, auf die später noch einzugehen sein wird, zum anderen dafür, ob einem Täter die Anspannung des Gewissens zugemutet werden darf, denn nur an den zurechnungsfähigen Menschen ist dieses Postulat des Schuldstrafrechts gerichtet. Beim schuldunfähigen Menschen (§ 51 StGB; § 3 JGG) genügt bereits die Vorstufe der Unfähigkeit, das Unrecht zu erkennen, um seine Schuld auszuschließen; ob er das Unrecht seines Handelns in der Steigerungsstufe des potentiellen Unrechtsbewußtseins erkennen konnte, interessiert für den zurechnungsunfähigen Täter grundsätzlich nicht mehr.⁸⁹ Die Forderung einer Gewissensanspannung ist hier sinnlos, weil Schuldunfähige eben nicht jederzeit in die verantwortliche Selbstentscheidung gerufen sind.

cc) Als weiterer wichtiger Unterschied zwischen Verantwortungsreife und Unrechtsbewußtsein ist folgender zu nennen: § 3 JGG verlangt "Einsicht", beim Unrechtsbewußtsein wird aktuelle bzw. potentielle "Kenntnis", also das "Wissen" um das Unrecht, gefordert. Die Reife zur Einsicht geht weit über die Möglichkeit der Kenntnis hinaus.⁹⁰ Während es durchaus denkbar ist, daß ein Jugendlicher das Nichtsein-Sollen seines Handelns kennt, daß er also weiß, daß das, was er tut, Unrecht ist, daß die Erinnerung an Nachteile, die er bei früheren Taten gleicher Art hat erleiden müssen, bei ihm das Bewußtsein vermittelt, daß anderes von ihm erwartet wird, ist damit noch lange nicht gesagt, daß der Jugendliche so weit herangereift war, um in der Lage zu sein, auch zu begreifen, warum anderes von ihm gefordert wird, daß er also ein selbständiges, durch eigenes Prüfen gewonnenes Urteil über den sittlichen und rechtlichen Charakter der vorzunehmenden bzw. zu unterlassenden Handlung sich bilden kann. Es kann also so sein, daß er "weiß", aber nicht "begreift", in der vollen sozial-ethischen Bedeutung nicht "erfaßt". Dieser

87) GA 57,98

88) GA 57,297 (Schröder lehnt im Ergebnis die Konzeption Dreher jedoch ab!)

89) Über die Bedeutung für Teilnehmer vgl. Maurach Lb.I S.386

90) Sasse a.a.O. S.66

Unterschied zwischen dem Wissen, welches der Jugendliche oft hat, und dem wirklichen Begreifen, welches ihm häufig fehlt,⁹¹ muß gerade in Hinsicht auf jugendliche Täter besonders hervorgehoben werden, - er besteht aber auch beim Erwachsenen bezüglich des Verhältnisses von § 51 StGB zum Verbotsirrtum -.⁹²

Wenn beim zurechnungsfähigen Erwachsenen festgestellt wird, er habe das Unrecht seines Tuns erkannt, dann würde es zu weit führen, auch noch eine Prüfung dahingehend zu verlangen, ob er begreift, warum sein Verhalten Unrecht darstellt, denn beim zurechnungsfähigen Erwachsenen kann und muß mit dem vorhandenen Unrechtsbewußtsein auch das Verständnis für die soziale und ethische Bedeutung des Unrechts als gegeben angenommen werden. Das Strafgesetz, welches grundsätzlich auf den verantwortlichen Täter abgestellt ist, geht nämlich erkennbar davon aus, das Unrechtsbewußtsein könne hier als Motivationsfaktor normaler Wirksamkeit gelten.⁹³ Beim zurechnungsfähigen Erwachsenen zieht das Bewußtsein, etwas Verbotenes zu tun, ohne weiteres die volle Strafe der Vorsatztat nach sich, während beim Jugendlichen eine Prüfung des Unrechtsbewußtseins auch in qualitativer Beziehung erforderlich ist.

dd) Auf eine weitere Divergenz zwischen der Zurechnungsfähigkeit und der Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins hat besonders Maurach⁹⁴ aufmerksam gemacht: Die Zurechnungsfähigkeit (das gilt genauso auch bei der Jugendverantwortlichkeit) sei als der weitere Kreis der Schuld Voraussetzungen konstitutionell-täterbezogen, das Unrechtsbewußtsein dagegen an der konkreten Tat objektiviert, also primär tatbezogen. Wenn nach der Altersreife des Jugendlichen gefragt wird, interessiert in der Tat zunächst einmal die Gesamtpersönlichkeit, Entwicklungsgang und seelisch-geistige Struktur des Jugendlichen und erst in zweiter Linie die begangene Straftat und die Beziehung des jungen Täters zu ihr. Beim im Verbotsirrtum handelnden Erwachsenen dreht sich die Prüfung primär darum, ob die Tat ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit begangen wurde oder nicht, also um die Gestaltung der Tat. Erst sekundär hat sich der Richter mit der Persönlichkeit des Angeklagten zu befassen und nachzuforschen, wie es dazu kam, daß ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlte. Der tiefere Sinn hierfür liegt in der Tatsache, daß

91) Lange in SJZ 49,397

92) Seelig a.a.O. S.222f

93) Schröder in GA 57,298

94) Lb.I S.373

im Erwachsenenstrafrecht die Tat als solche abgeurteilt und gesühnt wird, während im Jugendstrafrecht die Tat als solche lediglich der Anlaß ist, den Jugendlichen, soweit noch möglich, zu erziehen. Zu einer Bestrafung muß es keineswegs immer kommen.

ee) Als rein formalen Unterschied erkennt man den, daß das Gesetz in § 3 JGG durch eine positive Fassung davon ausgeht, daß der jugendliche Täter grundsätzlich nicht die Reife hat, um zur Unrechtseinsicht gelangen zu können und daher grundsätzlich unverantwortlich ist. Nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 3 JGG ist er schuldfähig.

Der BGH hat seine Grundsätze zum Verbotsirrtum in dem Beschluß vom 18.3.1952 dagegen anders formuliert.⁹⁵ Er geht davon aus, daß jeder Mensch grundsätzlich verantwortlich, also schuldfähig ist, "sobald er die sittliche Reife erlangt hat" (also § 3 JGG zu bejahen ist!) "und solange die Anlage zur freien sittlichen Selbstbestimmung" (die er mit der Bejahung des § 3 JGG hat!) "nicht durch die in § 51 StGB genannten krankhaften Vorgänge vorübergehend gelähmt oder auf Dauer zerstört ist." Nur unter den besonderen Voraussetzungen der in dem BGH-Beschluß aufgestellten Verbotsirrtumsregeln ist ausnahmsweise ein Schuldvorwurf nicht zu erheben, nämlich wenn die Nichtkenntnis des Unrechtscharakters der Handlungsweise des Täters auf einem unvermeidbaren und daher entschuldigenden Verbotsirrtum beruht. Die Voraussetzungen des schuldausschließenden Verbotsirrtums muß man sich also zum Unterschied von § 3 JGG negativ formuliert denken. (Der negativ gefaßte § 51 StGB und die Verbotsirrtumsgrundsätze haben diesen Unterschied natürlich nicht). Wie gut der Beschluß des BGH selbst in Einzelheiten durchdacht ist, ergibt sich deutlich aus dem Umstand, daß der die Altersreife betreffende Halbsatz ("sobald er die sittliche Reife erlangt hat") positiv formuliert ist, während der die allgemeine Zurechnungsfähigkeit betreffende Halbsatz aber negativ gefaßt ist ("solange nicht ...").

ff) Eng hängt damit der weitere weitreichende Unterschied zusammen, daß es beim Verbotsirrtum, eben weil vorausgesetzt wird, daß der zurechnungsfähige Mensch grundsätzlich in der Lage ist, das Unrecht seines Tuns zu erkennen, darauf ankommt, ob für ihn

95) BGHSt 2,200f = JZ 52,337

überhaupt die Anspannung des Gewissens zumutbar ist oder nicht.⁹⁶ Eine Zumutbarkeitserwägung kann begrifflich aber bei der Frage der Zurechnungsfähigkeit bzw. bei der Verantwortungsreife gar nicht Platz greifen, denn die Schuldfähigkeit ist entweder vorhanden oder nicht. Eines Regulativs der Zumutbarkeit bedarf es dabei nicht. Zumutbarkeit gibt es nur dort, wo eine gewisse Skala oder Stufenleiter existiert, also z.B. mehr Schuld oder weniger Schuld. Das ist begrifflich denkbar, nicht gibt es aber z.B. mehr Zurechnungsfähigkeit und weniger Zurechnungsfähigkeit. (Der Begriff "verminderte Zurechnungsfähigkeit" bei § 51 II StGB ist an sich paradox, jedoch aus praktischen Gründen erforderlich!) Der Zumutbarkeitsbegriff ist bei der Schuldfähigkeit und ihrer Feststellung somit unsinnig.

Sinnvoll ist es jedoch, bei einem schuldfähigen Täter mit dem Regulativ der Zumutbarkeit zu operieren, um im Einzelfall, z.B. bei der Frage, ob ein Verbotsirrtum verschuldet ist oder nicht, Schwierigkeiten und Ungerechtigkeiten zu überbrücken und dem Schuldstrafrechtsprinzip in jedem Falle zur Wirkung zu verhelfen. Es wird hier auf Grund der Tatsache, daß ein Schuldkorrektiv wie z.B. der Begriff der Zumutbarkeit wesensmäßig die Schuldfähigkeit bereits als gegeben voraussetzt, also deutlich, daß die Institute der Altersreife und des Verbotsirrtums auf völlig verschiedenen Grundlagen und Ausgangsvoraussetzungen beruhen.

gg) Daß beim Verbotsirrtum den Täter die besondere Rechtspflicht, sein Gewissen anzuspannen bzw. Erkundigungen einzuholen, trifft, im Rahmen des § 3 JGG aber von einer solchen Rechtspflicht nicht die Rede ist und nicht sein kann, weil der Täter erst nach Bejahung des § 3 JGG in die verantwortliche Selbstentscheidung gerufen ist. braucht als Unterschied nicht besonders hervorgehoben zu werden, sondern leuchtet ohne weiteres ein.

Bereits aus diesen meist tiefgreifenden begrifflichen und rechtsdogmatischen Unterschieden zwischen der Altersreife des Jugendlichen und dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit beim Verbotsirrtum wird deutlich und verständlich, daß mit der Feststellung der Reife eines jugendlichen Täters nicht bereits gleichzeitig geklärt sein kann, daß der Jugendliche das Unrechtsbewußtsein bezüglich seines Handelns konkret gehabt hat. Ein Verbotsirrtum eines verantwortlichen Jugendlichen ist daher sehr wohl als.

96) BGHSt 2,201 = JZ 52,337
BGHSt 2,209 = JZ 52,339

selbständiger Schuldausschließungs- bzw. Schuld minderungsgrund denkbar und möglich.

Diese Erkenntnis wird dadurch in ihrer Richtigkeit bestärkt, daß die beiden unterschiedlichen Institute sich in praktischer Hinsicht ebenfalls nicht gleichen, sondern verschiedene Rechtsfolgen haben, je nachdem, ob die Altersreife verneint oder ein Verbotsirrtum als gegeben erachtet wird:

c.) Die praktischen Rechtsfolgen der unterschiedlichen Institute.

aa) Wenn sich in der Hauptverhandlung herausstellt, daß der jugendliche Angeklagte zur Zeit der Tat nicht die nach § 3 JGG erforderliche Reife besessen hat, um das Unrecht seines Verhaltens einsehen zu können, und er daher strafrechtlich nicht verantwortlich ist, so ist er nicht etwa freizusprechen, weil es für die Erziehung des Jugendlichen meist nachteilig sein wird, wenn die Hauptverhandlung mit einem Freispruch wegen mangelnder Reife endet.⁹⁷ Der Richter kann vielmehr gemäß § 47 I JGG Ziff.3 das Verfahren einstellen, was wegen der Existenz der Richtlinien zu dieser Vorschrift und der darin enthaltenen überzeugenden Ansicht die Regel ist.

Beim Verbotsirrtum ist als normale Verfahrensbeendigung, abgesehen von den in allen Verfahren bei Vorliegen der Voraussetzungen möglichen §§ 153ff StPO, eine Einstellung nicht möglich. Liegt ein unvermeidbarer, also unverschuldeter Verbotsirrtum vor, so hat grundsätzlich Freispruch zu erfolgen, weil es mangels Schuld an einer strafbaren Handlung fehlt. Dasselbe gilt natürlich genauso beim Jugendlichen, denn auch er hat Anspruch auf einen Freispruch, wenn er im unverschuldeten Verbotsirrtum gehandelt hat. Es kann dann nicht etwa wieder auf § 3 JGG und eine Einstellung zurückgegriffen werden. Das hätte nämlich unter Umständen für den Jugendlichen nachteilige Folgen, worauf noch einzugehen sein wird. Ist der Verbotsirrtum verschuldet, so kommt weder Einstellung noch Freispruch in Betracht, sondern der Täter wird verurteilt, nur kann seine Strafe nach Versuchsgrundsätzen (§ 44 II + III StGB) gemildert werden, wie der BGH in seinem grundlegenden Beschluß vom 18.3.1952 bereits ausgeführt hat.⁹⁸

97) So drücken sich die Richtlinien zu § 3 JGG in Ziff.3 aus;
(abgedruckt bei Dallinger-Lackner a.a.O. zu § 3)

98) BGHSt 2,211 = JZ 52,340

Bereits aus diesen unterschiedlichen praktischen Rechtsfolgen der beiden zur Debatte stehenden Institute Altersreife und Verbotsirrtum ist zu erkennen, wie wichtig es war, sie dogmatisch klar und sauber gegeneinander abzugrenzen, und schon allein die Existenz dieser verschiedenen Rechtsfolgen ist ein Indiz dafür, daß beide Institute nicht mehr oder weniger dasselbe beinhalten und das Unrechtsbewußtsein nicht gleichzeitig gegeben sein muß, wenn die Altersreife bejaht ist.

bb) Weiter kann der Richter gemäß § 3 S.2 JGG gegen einen Jugendlichen, dessen Verfahren wegen mangelnder Altersreife eingestellt worden ist, dieselben Erziehungsmaßnahmen anordnen wie der Vormundschaftsrichter. Diese Möglichkeit, die immerhin zu recht einschneidenden Maßnahmen berechtigt, z.B. Schutzaufsicht (§ 57 JWG) oder Fürsorgeerziehung (§ 63 JWG), hat der Richter nicht, wenn er wegen unverschuldeten Verbotsirrtums freisprechen muß. Es macht also gerade beim Jugendlichen einen großen Unterschied aus, ob das Verfahren wegen Fehlens der Reife eingestellt wird oder ob es wegen Verbotsirrtums mit Freispruch endet, zumal die Richtlinien zu § 3 JGG dem Richter empfehlen, in jedem Falle erzieherische Maßnahmen nach § 3 S.2 JGG zu ergreifen.

Liegt dagegen ein verschuldeter Verbotsirrtum vor, so hat der Richter die nach dem JGG eröffneten Reaktionsmittel zur Verfügung - eine Straftat ist ja gegeben - und ist nicht über § 3 S.2 JGG auf die Maßnahmen angewiesen, die ein Vormundschaftsrichter ergreifen darf.

cc) Auch hinsichtlich des Festhaltens der Tat in einem Register zeigt sich ein praktischer Unterschied: Beim Freispruch wegen unverschuldeten Verbotsirrtums erfolgt natürlich keinerlei Eintragung im Strafregister oder in der Erziehungskartei, bei verschuldetem Verbotsirrtum dagegen sehr wohl nach den Vorschriften des § 94 JGG. Wird das Verfahren wegen fehlender Reife eingestellt, so erfolgt nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 94 II 2 JGG keine Mitteilung an das Strafregister, sondern lediglich eine Eintragung in die Erziehungskartei.⁹⁹

99) Rechtsgrundlage ist die auf Grund der Vereinbarung der Landesjustizverwaltungen der Länder und des Bundesministers der Justiz getroffene "Anordnung über die gerichtliche Erziehungskartei" vom 15.2.1955, abgedruckt bei Dallinger-Lackner a.a.O. Anhang A II 4

dd) Ein weiterer praktischer Unterschied liegt darin, daß bei Nichtvorliegen der Reife in jedem Falle die Straflosigkeit notwendige Folge ist, bei Gegebenseinderselben aber nicht unbedingt gestraft werden muß, sondern der Richter die ganze Skala jugendstrafrechtlicher Reaktionsmittel zur Verfügung hat, denn die Tat des reifen Jugendlichen ist nicht Grund des Strafens, sondern nur äußerer Anlaß der Einwirkung auf den Jugendlichen.¹ Beim Verbotsirrtum dagegen ist nicht in jedem Falle Straflosigkeit gegeben, sondern nur dann, wenn die Schuld nicht vorliegt, der Irrtum also für den Täter nicht vermeidbar war. Beim verschuldeten Verbotsirrtum schließlich ist grundsätzlich eine Strafe, wenn auch gemildert, verwirkt, jedoch spielt die Milderungsmöglichkeit, wie noch zu erörtern sein wird, im Jugendstrafrecht keine entscheidende Rolle.

Die Darlegung der praktischen Unterschiede zeigt, daß auch insoweit genauso wie auf rechtsdogmatisch-begrifflichem Gebiet eine Übereinstimmung zwischen § 3 JGG und den Grundsätzen des Verbotsirrtums weitgehend nicht besteht. Deshalb sind auch die divergierenden Rechtsfolgen, je nachdem, ob die entwicklungsmäßige Verantwortungsreife oder das Unrechtsbewußtsein fehlt, zu rechtfertigen. Es ist auch aus praktischen Gesichtspunkten nicht recht einzusehen, warum man bei einem Jugendlichen, der als reif genug angesehen wurde, das Unrecht seines Tuns einzusehen, und dem eine Einstellung des Verfahrens aus diesem Grunde verweigert wurde, nicht zu einem Freispruch kommen sollte, weil er trotz seiner grundsätzlichen entwicklungsbedingten Verantwortlichkeit im konkreten Fall ohne sein Verschulden das Unrecht der Tat nicht erkannt hat. Diese Möglichkeit des Freispruchs besteht ja sogar beim Erwachsenen, bei dem niemand auf die Idee käme, deshalb, weil § 51 StGB verneint wurde, der Täter also voll zurechnungsfähig ist, die Freispruchsmöglichkeit wegen unverschuldeten Verbotsirrtums zu bezweifeln. Gerade dann kommt ja erst der Schuldausschließungs- bzw. Schuldminderungsgrund des Verbotsirrtums in Betracht, wie oben dargelegt wurde.

Aus dieser Gegenüberstellung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Verantwortungsreife und Unrechtsbewußtsein im Rahmen des Verbotsirrtums und der daraus gewonnenen Erkenntnis,

1) Vgl. § 5 I JGG: "Aus Anlaß der Straftat eines Jugendlichen ..."

daß die Unterschiede in rechtsdogmatischer und praktischer Hinsicht die Gemeinsamkeiten bei weitem übertreffen, ergibt sich die kaum bezweifelbare Konsequenz, daß der Verbotsirrtum eines Jugendlichen nicht bereits in § 3 JGG miterfaßt ist, weiter aber auch schon die Feststellung, der das nächste Kapitel gewidmet ist:

d.) Eine Analogie für den Verbotsirrtum bei jugendlichen Tätern ist weder aus § 3 JGG noch aus den §§ 51, 55 StGB möglich.

Es war zuerst das OLG Kiel,² welches bei der Suche nach einer Lösung in der Frage, wie ein Abweichen vom alten Reichsgerichtsstandpunkt hinsichtlich der Beachtlichkeit des Verbotsirrtums begründet werden könnte, in seinem Urteil vom 13.4.1946 zu der Ansicht gelangte, der Gesetzgeber selbst habe sich durch die Änderung der Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit in den §§ 51, 55 StGB und § 3 JGG für eine Abkehr vom Reichsgerichtsstandpunkt entschieden. Im Wege der Analogie zu diesen Bestimmungen müsse, wenn schon für die Zurechnungsfähigkeit darauf abgestellt werde, ob der Angeklagte außerstande sei, das Unrecht der Tat einzusehen, zum Vorsatz³ schlechthin immer das Bewußtsein gehören, Unrecht zu tun.

Eine Analogie zu § 3 JGG und §§ 51, 55 StGB vertritt besonders stark Hellmuth Mayer,⁴ der auch den Beschluß des BGH vom 18.3.1952 mit dem Hinweis kritisiert, der BGH habe die unbedingt gebotene Analogie zu diesen Bestimmungen der Schuldfähigkeit nicht gezogen, sondern sich mit einer naturrechtlichen Begründung begnügt.⁵ Der Täter müsse fähig sein, die Möglichkeit eines Verbotes zu erkennen. Daß diese bloße Einsichtsfähigkeit genüge, lasse sich nicht aus einer angeblichen Informationspflicht, sondern nur aus dem positiven Recht begründen, eben aus der Analogie zu den §§ 51, 55 StGB und § 3 JGG.

Es wurde bereits oben⁶ ausführlich dargelegt, daß der BGH ganz zweifellos nicht der Auffassung ist, die bloße Einsichtsfähigkeit reiche aus, denn aus diesem Grunde hat er gerade nicht den Weg beschritten, welchen Mayer für notwendig hält, sondern

2) DRZ 46,126; zustimmend Hartung DRZ 49,344; ablehnend Winnefeld DRZ 47,365

3) Das Gericht vertritt hier den Standpunkt der Vorsatztheorie, was in diesem Zusammenhang jedoch ohne Belang ist.

4) MDR 52,392ff; Ib.Allg.Teil S.237; ähnlich Forger a.a.O. S.198

bewußt auf eine Analogie zu §§ 51, 55 StGB, § 3 JGG verzichtet. (Nicht einmal die näher liegende Analogie zu den Verbotsirrtumsbestimmungen § 12 OWiG und § 6 WiStrG hielt der BGH für vertretbar!).

Daß in der Tat ein Analogieschluß der von Mayer geforderten Art nicht möglich und rechtlich nicht zulässig ist, wird deutlich, wenn man die grundsätzlichen logisch-juristischen Voraussetzungen für einen Analogieschluß im allgemeinen beleuchtet:⁷

Der Analogieschluß ist im Gegensatz zum deduktiven bzw. induktiven juristischen Schluß ein Schluß, der "vom Besonderen auf das Besondere" gezogen wird. Dabei muß das Besondere, von dem auf ein anderes Besondere geschlossen werden soll, mit diesem etwas Gemeinsames besitzen, welches diesen Schluß legitimiert. Beide müssen demselben allgemeinen Prinzip unterstehen, um derselben Behandlung unterworfen werden zu können. "Damit ein juristisch haltbarer Analogieschluß zustandekommt, bedarf es des Nachweises, daß das Besondere, für das die rechtliche Regelung zu vermissen ist", (hier: das Unrechtsbewußtsein beim Verbotsirrtum) "mit dem Besonderen, für das die Regelung vorhanden ist", (hier: Zurechnungs- bzw. Verantwortungsfähigkeit) "diejenigen Momente gemeinsam hat, auf denen die rechtliche Regelung beruht."⁸ Nur wenn diese Gemeinsamkeit besteht und soweit die Ähnlichkeit reicht, ist also ein Analogieschluß gestattet. "Dort, wo die Ähnlichkeit aufhört, wo ein wesentlicher Unterschied hervortritt, hat die Analogie ihre Grenze und kommt u.U. der sogenannte Umkehrschluß (argumentum e contrario) zum Zuge, der Schluß nämlich von der Verschiedenheit der Voraussetzungen auf die Verschiedenheit der rechtlichen Folgen."⁹ Diesen Umkehrschluß zog bekanntlich das Reichsgericht: Da im Gesetz nicht geregelt war, daß das Unrechtsbewußtsein beachtlich sei, dagegen eine positive Vorschrift über die Schuldfähigkeit in §§ 51, 55 StGB bestand, beides aber als rechtlich verschieden angesehen wurde, wurde der Verbotsirrtum als nicht beachtlich angesehen.

Schuldfähigkeit und Unrechtsbewußtsein beim Verbotsirrtum unterstehen aber nicht demselben allgemeinen Prinzip, so daß eine Analogie nicht in Frage kommt:

5) Daß der BGH diese Begründung ganz konsequent aus dem Schuldgrundsatz gefolgert hat, hat Henkel (Mezger-Festschrift S.300) überzeugend klargestellt.

6) Vgl. S.72ff

7) Vgl. dazu die ausführlichen Darlegungen von Engisch in "Einführung" S.142ff

Von vornherein auszuschneiden ist der vermeidbare, verschuldete Verbotsirrtum, denn dieser schließt im Gegensatz zum unverschuldeten die Schuld nicht aus, sondern kann sie nur mindern. Liegt aber Schuldunfähigkeit vor, so ist in jedem Falle die Schuld ausgeschlossen. Daraus ergibt sich, daß eine analoge Anwendung von § 3 JGG und §§ 51, 55 StGB auf den verschuldeten Verbotsirrtum wegen Fehlens des gemeinsamen allgemeinen Prinzips unmöglich ist.

Bleibt der unverschuldete, also der die Schuld des Täters ausschließende Verbotsirrtum:

Die Rechtsfolge, die Schuld des Täters auszuschließen, hat der Irrtum der vorgenannten Art sicher mit § 3 JGG und den §§ 51, 55 StGB gemeinsam. Jedoch haben z.B. fehlender Vorsatz, fehlende Fahrlässigkeit oder andere Schuld ausschließungsgründe wie z.B. der Notstand ebendieses Merkmal, die Schuld des Täters auszuschließen, auch mit der Schuldunfähigkeit gemeinsam, und trotzdem würde niemand auf den Gedanken kommen, allein aus diesem Grunde die §§ 51, 55 StGB, § 3 JGG analog auf den Vorsatz, die Fahrlässigkeit oder sämtliche anderen Schuld ausschließungsgründe anzuwenden. Das rührt daher, weil hier die fundamentalen Unterschiede klarer zutage liegen als bei Altersreife und Verbotsirrtum.

Auszugehen ist davon, daß bei einer Straftat die drei klassischen Merkmale Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegen müssen, soll sie eine wirkliche ahnbare Straftat sein. Die Schuld im weiteren Sinne ist nun nicht uniform, sondern besteht ihrerseits wiederum aus zunächst zwei Komponenten, nämlich aus der Grundvoraussetzung Schuldfähigkeit und aus dem Schuldvorwurf. Letzterer gliedert sich in die beiden Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit und in das nach der Schuldtheorie selbständig danebenstehende Schuld element Unrechtsbewußtsein. Bei Betrachtung dieses methodologischen Systemaufbaus müßte es eigentlich sofort auffallen und als höchst fragwürdig und suspekt erscheinen, einen gesetzlich geregelten Schuldbestandteil auf einen noch nicht geregelten anderen Schuldbestandteil neuester Art und Prägung analog anwenden zu wollen.

8) Englisch "Einführung ..." S.143f

9) Englisch "Einführung ..." S.144

Daß dies auch beim unverschuldeten Verbotsirrtum nicht möglich ist, ergibt sich einmal aus den bereits oben herausgestellten tiefgreifenden Unterschieden, die aufgezeigt haben, daß bei den beiden Instituten Schuldfähigkeit und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit beim Verbotsirrtum nicht von einem gemeinsamen allgemeinen Rechtsgedanken, welcher zugrunde liegt, gesprochen werden kann. Zum anderen aber zeigt insbesondere die folgende tiefe und unüberbrückbare Kluft zwischen Unrechtsbewußtsein und Schuldfähigkeit, daß ein Analogieschluß wegen Fehlens der Ähnlichkeit rechtlich ausgeschlossen ist:

Ein Täter, bei dem § 51 StGB bejaht oder § 3 JGG verneint worden ist, handelt ohne Schuld, kann von vornherein also nicht schuldig sein. Er hat nämlich gar nicht die konstitutionelle Fähigkeit dazu, Schuldformen wie Vorsatz und Fahrlässigkeit und auch das weitere Schudelement Unrechtsbewußtsein in sträfichtlich vorwerfbarer und ahndbarer Weise zu erfüllen. Bei einem Schuldunfähigen kann daher nicht von einer vorsätzlichen Handlung im strafrechtlichen Sinne gesprochen werden.¹⁰ Erst wenn die Schuldfähigkeit bejaht ist, erhebt sich ja die Frage, ob die Tat dem Täter zurechenbar ist, was dann gegeben ist, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig mit Unrechtsbewußtsein gehandelt hat, ohne daß Schuldabschließungs- oder Schuldauflösungsgründe vorliegen. Wie bereits ausgeführt,¹¹ ist es aber sehr wohl denkbar, daß ein Schuldunfähiger das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Handelns gehabt hat.

Völlig anders verhält es sich dagegen beim Verbotsirrtum: Ein im Verbotsirrtum handelnder Täter handelt notwendig immer vorsätzlich, weil das die Voraussetzung für die Prüfung überhaupt ist, ob ihm das Unrechtsbewußtsein gefehlt hat oder nicht. Kommt man bei der Untersuchung nämlich zu dem Ergebnis, daß gar kein Vorsatz vorgelegen hat, so ist eine Prüfung eines eventuell gegebenen Verbotsirrtums ausgeschlossen. Die Schuld des vorsätzlich handelnden Täters kann nur entfallen, wenn er in unvermeidbarem Verbotsirrtum gehandelt hat. Es fehlt dann die neben dem Vorsatz bestehende Schuldkomponente des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit.

10) Anders aber die finale Handlungslehre, bei der Vorsatz und Fahrlässigkeit keine Schuldformen sind, sondern als wertungsfreie Begriffe zum Tatbestand gehören.

11) Vgl. S. 58f

Daß der Vorsatz als solcher beim Verbotsirrtum immer vorhanden sein muß, ergibt sich auch daraus, daß beim vermeidbaren Verbotsirrtum die Tat als vorsätzliche abgeurteilt wird.¹²

Von einem eine Analogie rechtfertigenden gleichen allgemeinen Prinzip kann deshalb hier nicht die Rede sein, wo einerseits ein zurechenbarer Vorsatz nicht vorliegt, ein Unrechtsbewußtsein jedoch vorliegen kann, andererseits ein zurechenbarer Vorsatz immer gegeben sein muß, ein Unrechtsbewußtsein aber gerade nicht vorhanden sein darf.

Das dürften auch die tieferen Gründe dafür sein, weshalb der Bundesgerichtshof keine Analogie zu den §§ 51, 55 StGB und § 3 JGG gezogen hat, um dem fehlenden Unrechtsbewußtsein im Strafrecht seine gebührende Berücksichtigung zuteil werden zu lassen. Der BGH hat sich aus begreiflichen Überlegungen heraus sogar gescheut, die an sich viel näher liegende Analogie zu den nebenstrafrechtlichen Bestimmungen der §§ 6 WiStrG und 12 OWiG zu ziehen,¹³ wo der Verbotsirrtum bereits im Sinne der Schuldtheorie in kodifikatorische Form gebracht ist.¹⁴ Sondern der BGH hat eine festere Grundlage für das neue Rechtsinstitut bzw. das neue Schulselement des fehlenden Unrechtsbewußtseins (= Verbotsirrtums) gesucht und im Aufbau auf dem Wesen der Schuld als Vorwerfbarkeit und dem Menschenbild der auf freie, sittliche, verantwortliche Selbstbestimmung angelegten Persönlichkeit gefunden.

Bei den Grundsätzen des BGH bezüglich des fehlenden Unrechtsbewußtseins handelt es sich also ganz bewußt nicht um Analogie und nicht um einen Umkehrschluß (wie etwa beim Reichsgericht), sondern um ein Drittes, das über beidem steht, nämlich um eine im Wege richterlicher Rechtsfindung geschaffene Ausfüllung einer Gesetzeslücke.¹⁵ Daß dieser Schritt der Ablehnung sowohl des Umkehrschlusses als auch einer Analogie berechtigt war, dürfte hiermit aufgezeigt worden sein.

12) BGHSt 2, 208 = JZ 52, 339

13) Diese Vorschriften enthalten nämlich wohl lediglich Straf-, nicht Schuldausschließungsgründe! So auch OLG Stuttgart, Urt. v. 28.7.1950 in MDR 50, 690. Außerdem ist eine Analogie zum Nebenstrafrecht für das eigentliche Strafrecht methodologisch nicht ratsam.

14) So z.B. besonders leidenschaftlich Schwarz, Komm. 19. Aufl., Anhang zu § 59; früher auch Drost NJW 49, 739ff und Arndt in NJW 49, 291

15) So auch Engisch in "Einführung ..." S.149, der gerade den BGH-Beschluß v. 18.3.1952 zum Problem des Verbotsirrtums als Beispiel der Lückenausfüllung für die Fälle anführt, wo die logische und teleologische "Expansionskraft" des Gesetzes nicht ausreicht, um die gesuchte Entscheidung zu begründen.

IV.) Die Anwendbarkeit und Brauchbarkeit
der neuen Erkenntnisse des Bundes-
gerichtshofs zum Verbotsirrtum bei
jugendlichen Tätern.

1.) Auch bei jugendlichen Tätern kann ein Verbots-
irrtum sowohl verschuldet als auch unverschuldet sein.

a.) Einige praktische Beispiele:

Nachdem bisher festgestellt worden ist, daß ein reifer Jugendlicher im Einzelfall ohne Unrechtsbewußtsein gehandelt haben kann, muß die weitere Frage zwangsläufig lauten, wie ein Verbotsirrtum eines jugendlichen Täters strafrechtlich zu behandeln ist. Anzuknüpfen ist hierbei wiederum an die zu diesem Problem in der Literatur vertretenen Meinungen. Auf der einen Seite steht Sasse,¹ der der Auffassung ist, jeder Verbotsirrtum eines reifen Jugendlichen sei unvermeidbar, denn es sei nicht jugendgemäß, einem Jugendlichen vorzuwerfen, er hätte sein Gewissen gehörig anspannen müssen. Den Jugendlichen treffe nur dann der Vorwurf, wenn er mit aktuellem, also zur Tatzeit tatsächlich vorhandenem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehandelt habe. Anderenfalls sei seine Schuld ausgeschlossen.

Dem steht die im großen und ganzen einheitliche Ansicht von Dallinger-Lackner,² Grethlein³ und Jagusch⁴ gegenüber, die bei Bejahung des § 3 JGG das Vorliegen eines unverschuldeten Verbotsirrtums als "in der Regel" ausgeschlossen erachten. Das bedeutet also, daß dann, wenn ein reifer Jugendlicher zur Tatzeit ohne das erforderliche Unrechtsbewußtsein gehandelt hat, nur noch ein vermeidbarer, also verschuldeter Verbotsirrtum in Frage kommen kann.

Um diesen Auffassungen zu begegnen, seien vorweg einige Fallbeispiele aus der Praxis angeführt, die das ganze Problem etwas plastischer heraustreten lassen. Dabei ist natürlich immer vorausgesetzt, daß die Reife des § 3 JGG bejaht wird und das Unrechtsbewußtsein zur Zeit der Tat wirklich gefehlt hat:

1) a.a.O.

2) JGG-Kommentar § 3 Anm.33 - 38

3) JGG-Kommentar § 3 Anm.4b + 4c

4) in Leinziger Kommentar § 3 JGG Anm.5

Einerseits:

1) Eine junge ledige Mutter tötet unmittelbar nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 ihr Kind, weil sie der wegen der besonderen Umstände glaubhaften Meinung ist, mit dem hereinbrechenden Chaos sei auch die gesamte Rechtsordnung aufgehoben, ihre Tat also nicht mehr verboten.⁵

2) Ein junger Landwirtssohn glaubt, man dürfe zwar fremden Tieren nichts antun, könne aber seine eigenen nach Belieben schinden und quälen, weil man mit seinem Eigentum tun und lassen könne, was man wolle.⁶

3) Ein 17-jähriger Bauernbursche begeht Sodomie an den Tieren seines Dienstherrn in der Annahme, damit nichts Unrechtes zu tun, da er dadurch keinem Menschen Schaden zufüge.⁷

4) Eine junge Frau treibt ihre Leibesfrucht ab in dem Glauben, das freie Verfügungsrecht über das keimende Leben zu haben, solange dieses noch nicht als lebendes Kind zur Welt gekommen sei.⁸

5) Eine 20-jährige Tochter treibt Blutschande mit ihrem Vater und denkt sich nichts dabei, weil das doch dasselbe sei wie mit jedem anderen Mann.⁹

Andererseits:

1) Der 18-jährige Fahrer eines Motorrollers hält den Damenreitsitz (seitlicher Sitz mit beiden Beinen auf einer Seite des Rollers) seiner Soziusfahrerin mit Rücksicht auf eine positive Auskunft des Bundesministers für Verkehr für zulässig.¹⁰

2) Zwei geistig wenig regsame Landarbeiter, 19 und 23 Jahre alt, haben fünfzehnmal mit einer geisteskranken sterilen Frau geschlechtlich verkehrt. Sie kannten den Zustand der Frau, wußten aber nicht, daß Geschlechtsverkehr mit einer geisteskranken Frau verboten und strafbar ist. Die Anregung zu ihrem Verhalten erhielten sie von ihrem Arbeitgeber, der ihnen den Verkehr mit der Frau geradezu angeraten hatte. Wie die Täter wußten, kannte auch der Ortsbürgermeister das Unrechtmäßige dieses Verkehrs nicht.¹¹

5) Fall bei Neidlinger a.a.O. S.72 und Sasse a.a.O. S.40

6) Fall bei Schmidt-Lechner, Strafr.Abhandl.351 S.149

7) Fall bei Schlegel in GS 91,236f

8) Fall bei Mezger Studienbuch S.146

9) Fall des LG Aachen, Urteil v.27.6.1949 in MDR 50,175

10) Fall des AG Würzburg, Urteil v.20.1.1956 in DAR (Deutsches Auto-Recht) 56,162

11) Fall des BGH, Urteil v.6.10.1953 in JR 54,188 (Begründung hierzu übrigens schlecht, Ergebnis aber wohl richtig!)

3) Ein in einer amerikanischen Kaserne angestellter Jugendlicher kauft ohne Anzeige an die Zollbehörde unverzollte amerikanische Zigaretten zum eigenen Verbrauch von Soldaten an in der Überzeugung, das sei erlaubt, solange er die Zigaretten nicht außerhalb der Kaserne rauche, weil in einem sog. Aufklärungsvortrag für die deutschen Angestellten ein Zollinspektor nachweislich diese falsche Information gegeben hatte.¹²

4) Nachdem im Jahre 1959 der Bundeskanzler im Radio und Fernsehen erklärt hatte, man solle solche Menschen, die Hakenkreuze an Synagogen schmieren, ordentlich verprügeln, tat dies ein nicht besonders intelligenter, aber doch nach § 3 JGG reifer Jugendlicher. Er hatte mit seinem Vater über diese Angelegenheit vor der Tat gesprochen und war wie dieser überzeugt, mit diesem Handeln kein Unrecht zu tun, weil "es der Bundeskanzler ja am besten wissen müsse."¹³

Daß man diese beiden Fallgruppen, die willkürlich ausgewählt wurden, auch dann nicht gleich behandeln kann, wenn es sich um reife jugendliche Täter handelt, leuchtet fast auf den ersten Blick ein. Trotzdem würde in allen genannten Fällen nach Sasse ein unverschuldeter, nach Dallinger-Lackner, Grethlein und Jagusch ein grundsätzlich verschuldeter Verbotsirrtum vorliegen.

b.) Die Gründe für die Erforderlichkeit der Unterscheidung zwischen unverschuldetem und verschuldetem Verbotsirrtum auch bei Jugendlichen.

aa) Ein objektiver Beurteiler ist nicht geneigt, dem Umstand, daß der entmenschten Mutter, um einmal dieses Beispiel herauszugreifen, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlte, eine schuld mindernde oder gar schuldausschließende Wirkung beizulegen. Vielmehr ist diese Tat wegen der in ihr zutage tretenden Immoralität, der Laxheit der sich offenbarenden rechtlichen und sittlichen Auffassung, des abgestumpften Rechtsgefühls, also wegen des völligen Mangels an ethisch-rechtlicher Gesinnung genauso verwerflich, wie wenn die Täterin sich bewußt, also mit aktuellem Unrechtsbewußtsein über die Rechtsnormen hinweggesetzt hätte.¹⁴ Der Schuldvorwurf richtet sich in diesem Falle in seiner ganzen Schwere dagegen,

12) Dieser Fall kam beim LG München I, 2. Strafkammer im Januar/Februar 1961 vor.

13) Zwar ist in der höchststrichterlichen Rechtsprechung immer wieder betont worden, daß Hinweise in Rundfunknachrichten oder ./.

daß die Täterin die primitivsten Grundsätze menschlichen und rechtlichen Denkens vermissen ließ und in einer jeder gerechten Gesinnung hohnsprechenden Weise den Unrechtscharakter ihrer Handlungsweise verkannt hat.

Auch die übrigen Fälle der ersten Gruppe dürften in dieser Hinsicht für sich sprechen und zeigen, daß die Auffassung Sasses, dem Richter in all diesen Fällen keine Reaktionsmittel gegenüber den jugendlichen Tätern an die Hand zu geben, da ein unverschuldeter, die Schuld ausschließender Verbotsirrtum vorliege, zu unmöglichen praktischen Ergebnissen führt. Die Vorherrschaft des Erziehungsgedankens schließt nämlich nicht jede Tatbewertung aus, so daß bei Jugendlichen lediglich eine "rein kriminologisch-symptomatische Betrachtungsweise" am Platze wäre.¹⁵ Der Jugendliche soll nämlich gerade lernen, daß in der sozialen Gemeinschaft, in welche er allmählich hineinwächst, bestimmte Handlungsweisen verboten bzw. geboten sind. Erforderlichenfalls muß ihm "durch drastische, unmittelbar sinnfällige Erfahrung zu der Erkenntnis verholfen werden, daß die Gesellschaft, die in der Strafrechtsordnung Werttafeln errichtet hat, auf ein bestimmtes Fehlverhalten negativ reagiert, und zwar - gerade dies verdeutlicht ihm die maßsetzende Funktion der strafrechtlichen Tatbestände! - in je nach dem Wert des verletzten Rechtsguts und Umfang des Verfalls der Rechtsgesinnung des Täters abgestufter Intensität. Wie soll aber ein Jugendlicher zu sozialadäquatem Verhalten auf sozialetischer Grundlage erzogen werden, wenn diese Abstufung im Jugendstrafrecht außer Betracht bleibt und sogar in ihr Gegenteil verkehrt wird?"¹⁵ Aus § 13 I JGG ergibt sich unmittelbar, daß z.B. Zuchtmittel verhängt werden, um dem Jugendlichen "eindringlich zum Bewußtsein zu bringen, daß er für das von ihm begangene Unrecht einzustehen hat."¹⁶

bb) Einmal aus dem Rechtsgefühl und der Überzeugung heraus, daß es Fälle wie die unter der ersten Gruppe angeführten gibt, in denen auch der nicht mit aktuellem Unrechtsbewußtsein handelnde

Zeitungsnotizen und Auskünfte unzuständiger Stellen zur Entschuldigung nicht ausreichen (vgl. Ebisch a.a.O. § 6 Anm.6), jedoch wäre ein Jugendlicher hier schuldlos, weil die Anforderungen an seine Gewissensanspannung nicht so hoch sind wie bei einem Erwachsenen. (Wird unten noch näher ausgeführt!)

14) So auch Neidlinger a.a.O. S.72

15) Blau in MDR 58,732

16) Unterstreichung vom Verfasser!

Täter Schuld auf sich geladen hat, mag er auch Jugendlicher sein - immerhin wird die Verantwortungsreife vorausgesetzt - , zum anderen aus der Einsicht heraus, eine gute und willkommene Rechtsentwicklung nicht zurückdrehen zu dürfen und zu können, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß auch beim Jugendlichen nicht ein aktuelles Unrechtsbewußtsein gefordert werden darf, um zu strafrechtlichen Reaktionsmitteln greifen zu können. Auch im Jugendstrafrecht muß potentiell, aktualisierbares Unrechtsbewußtsein genügen. Die heute herrschende Schuldtheorie hat den Standpunkt, aktuelles Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu verlangen, überwunden und im Zuge der sich immer stärker bemerkbar machenden Tendenz zur Spezialprävention dem Erziehungs- und Resozialisierungsgedanken auch bei der Verbotsirrtumslehre insofern Raum gegeben, als gehörige Gewissensanspannung bzw. Erkundigung vom Täter verlangt wird. Es geht nicht an, die erzieherische Wirkung dieser im Schuldprinzip wurzelnden Rechtspflicht gerade beim jugendlichen Täter nicht zum Zuge kommen lassen zu wollen. Man würde dann nämlich zu dem unhaltbaren Ergebnis gelangen, daß der Jugendliche bis zu seinem 18. Lebensjahr sein Gewissen nicht anzustrengen braucht, dann aber plötzlich ohne Übergang müßte er dies tun. Das ist die Konsequenz der Auffassung Sasses, der im Endergebnis bis zum 18. Lebensjahr beim Verbotsirrtum die Vorsatztheorie, danach aber die Schuldtheorie angewendet sehen möchte. Das ist ein dogmatischer und praktischer Bruch innerhalb der Gesamtstrafrechtsordnung.

Aus diesen Gründen und insbesondere aus den angeführten Beispielsfällen ergibt sich die Einsicht und Forderung, daß auch bei jugendlichen Tätern im Gegensatz zur Auffassung Sasses nicht jeder Verbotsirrtum unvermeidlich und unverschuldet sein kann.

cc) Andererseits ist zu sagen, daß auch bei einem Jugendlichen ein unverschuldeter Verbotsirrtum durchaus in Frage kommen kann, denn wenn heute schon in Rechtslehre und Rechtsprechung für das Erwachsenenstrafrecht anerkannt ist, daß zur Schuld das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Handelns gehört, so ist das gleiche auch und erst recht im Jugendstrafrecht zu berücksichtigen.¹⁷ Dieses Argument wird nicht durch den Hinweis darauf, daß in der Strafrechtsdogmatik anerkannt sei, der Jugendliche sei kein "kleiner Erwachsener", ausgeräumt, denn mit Blau¹⁸ muß man sich

17) So auch Sauer in NJW 49,289

18) MDR 58,732

gegen die oft vorgenommene Prämisse wenden, der Jugendliche bzw. Heranwachsende verkörpere infolge seines biologischen, geistigen und sittlichen Entwicklungsstandes, wie auch auf Grund seiner bürgerlichen Rechtsstellung ein "aliud". Immerhin ist auch der Jugendliche ein Mensch, und zwar ein Mensch, der bei zunehmendem Alter sich in immer mehr fließendem Übergang zum Erwachsenen befindet, was sich schon aus der Sonderbehandlung der Heranwachsenden in den §§ 105ff JGG ergibt. Es ist zwar richtig, daß der Jugendliche kein "kleiner Erwachsener" im Sinne eines Diminutivs ist, derart, daß etwa im Jugendstrafrecht die Rechtsfolgen des Erwachsenenstrafrechts einfach quantitativ gemindert oder gemildert werden müßten, um zu einem dem Jugendlichen angemessenen Strafrecht zu kommen.¹⁹ Aber bei einem Jugendlichen wird man bei vorhandener Fähigkeit, das Unrecht seines Verhaltens einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, mindestens dann einen unverschuldeten Verbotsirrtum anzunehmen haben, wenn selbst ein Erwachsener unter den gegebenen Umständen trotz gehöriger Gewissensanspannung den Irrtum nicht hätte beheben können.

Aus dem Umstand, daß der BGH in seinem Plenarbeschluß vom 18.3.1952²⁰ selbst davon ausgeht, daß ein Mensch dann in die freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung gerufen ist, "sobald er die sittliche Reife erlangt hat", erhellt, daß dieses so sehr verketzernte Wort vom "kleinen Erwachsenen" in gewisser Beziehung, nämlich im Hinblick auf den stufenlosen und fließenden Übergang zum Erwachsenen, seine sinnvolle Berechtigung hat: "Auch der (nach § 3 JGG reife) Jugendliche ist ein intelligibles Wesen, das die Wertsetzungen der Gemeinschaft, wie sie sich im Recht spiegeln, den unterschiedlichen Rang der vielen strafrechtlich geschützten Rechtsgüter, einzusehen vermag oder doch zu dieser Einsicht hingeführt werden kann. (Auch er ist "auf freie willentliche Selbstbestimmung angelegt" und - in seiner altersgemäßen sozialen Umwelt sowie im Rahmen des § 3 JGG - "jederzeit in die verantwortliche Entscheidung gerufen, sich als Teilhaber der Rechtsgemeinschaft rechtmäßig zu verhalten und das Unrecht zu vermeiden.") Gerade deshalb ist ja Erziehung - nicht nur Dressur - möglich und geboten."²¹

19) So auch Blau in MDR 58,732

20) BGHSt 2,200f = JZ 52,337

21) Mit diesen trefflichen Worten hat Blau in MDR 58,732 diese Erkenntnis umschrieben! a.A. Sasse a.a.O. S.74

Weil das so ist, muß auch dem Jugendlichen als Gegenpol zu seinen Pflichten das Recht, hier der Schuldausschließungsgrund des unverschuldeten Verbotsirrtums offen stehen. Weiter ergibt sich daraus auch noch, daß der Verbotsirrtum eines Jugendlichen auch verschuldet sein kann, wenn er seinen Rechtspflichten nicht genügend nachgekommen ist.

dd) Noch ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen die Auffassung von Dallinger-Lackner, Grethlein und Jagusch spricht, ein unverschuldeter Verbotsirrtum komme nach Bejahung des § 3 JGG regelmäßig nicht mehr in Betracht, muß angeführt werden:

Als Begründung führen Dallinger-Lackner z.B. aus, bei der Prüfung der Verantwortungsreife habe der Richter bereits auf die beschränkte Erkenntniskraft und den Mangel ausgebildeter sittlicher Wertvorstellungen Rücksicht genommen und danach seine Entscheidung ausgerichtet.²² Abgesehen davon, daß, wie oben ausgeführt, bei der Prüfung des § 3 JGG nur auf die entwicklungsbedingten Mängel abgestellt werden darf und die Untersuchung sich lediglich auf die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht zu erstrecken hat, ist diese Begründung weder zwingend noch überzeugend, ja sogar falsch. Denn einerseits bezieht der BGH bewußt die reifen Jugendlichen in seine Forderung zur gehörigen Gewissensanspannung ein, andererseits enthält § 51 StGB nahezu den gleichen Wortlaut wie § 3 JGG. Wollte man der Ansicht von Dallinger-Lackner folgen, müßte man sagen, wenn die Voraussetzungen des § 51 StGB verneint worden sind, - zumindest im Geiste sind sie ja immer zu prüfen! - ist ein unverschuldeter Verbotsirrtum nicht mehr denkbar, weil der Richter ja bereits bei der Prüfung des § 51 StGB untersucht hat, ob der Täter zur Unrechtseinsicht hätte kommen können. Aber gerade das ist durch den Beschluß des BGH vom 18.3.1952 widerlegt. Hier wird ja gerade festgestellt, daß das Bewußtsein, mit der Tat Unrecht zu tun, "im einzelnen Falle auch beim zurechnungsfähigen Menschen fehlen" kann.²³ Also ist das Argument von Dallinger-Lackner unrichtig, weil es der neuen Rechtsprechung zum Verbotsirrtum, die im übrigen auch von diesem Kommentar anerkannt wird, nicht logisch-konsequent Rechnung trägt.

Aus alledem ist festzustellen, daß auch bei jugendlichen Tätern zwischen unverschuldetem und verschuldetem Verbotsirrtum

22) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.35 a.E. zu § 3

23) BGHSt 2,201 = JZ 52,337

unterschieden werden kann und muß und daß auch bei Jugendlichen grundsätzlich potentiell, also aktualisierbares Unrechtsbewußtsein genügt, um eine schuldhaftige Straftat gegeben sein zu lassen.

2.) Die vom Bundesgerichtshof entwickelten Gesichtspunkte und Kriterien für das Vorliegen des potentiellen Unrechtsbewußtseins beim Verbotsirrtum sind auch auf den jugendlichen Täter anwendbar.

Die vom BGH entwickelten Kriterien dafür, ob einem über den Unrechtscharakter seiner Handlungsweise irrenden Täter ein Vorwurf der Schuld im strafrechtlichen Sinne zu machen ist, sind, kurz noch einmal vor Augen geführt, folgende:

Der Täter hat "bei allem, was zu tun er im Begriff steht, sich bewußt zu machen, ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens in Einklang steht. Zweifel hat er durch Nachdenken oder Erkundigen zu beseitigen. Hierzu bedarf es der Anspannung des Gewissens, deren Maß sich nach den Umständen des Falles und nach dem Lebens- und Berufskreis des Einzelnen richtet. Wenn er trotz der ihm danach zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns nicht zu gewinnen vermochte, war der Irrtum unüberwindlich, die Tat für ihn nicht vermeidbar. In diesem Falle kann ein Schuldvorwurf gegen ihn nicht erhoben werden."²⁴

"Mit den Worten 'Anspannung des Gewissens' ist gemeint, daß der Täter verpflichtet ist, alle seine geistigen Erkenntniskräfte und alle seine sittlichen Wertvorstellungen einzusetzen, wenn es gilt, sich über die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ein Urteil zu bilden."²⁵

Die Sorgfaltspflicht wurde ferner dahin präzisiert, daß das notwendige Maß der Gewissensanspannung nur unter Berücksichtigung der gerade dem Handelnden eigenen Gaben, Fähigkeiten und Einsichten getroffen werden könne.²⁶

Sieht man sich diese Grundsätze an, so findet sich nicht ein Wort, welches nicht ebensogut für einen jugendlichen Täter gelten

24) BGHSt 2,201 = JZ 52,337

25) BGHSt 4,5

26) BGHSt 3,366.

könnte. Der Begriff der Gewissensanspannung ist so flexibel und so ausfüllungsfähig, daß ohne weiteres die besondere Persönlichkeit und der spezielle biologische und soziale Entwicklungszustand des jeweiligen jugendlichen Täters im erforderlichen Umfange berücksichtigt werden kann. Man kann sogar im Hinblick auf BGHSt 3,366 (siehe Anm.26) sagen, daß bei Berücksichtigung "der gerade dem Handelnden eigenen Gaben, Fähigkeiten und Einsichten" das Maß der zu verlangenden Gewissensanspannung nach Kriterien ausfindig zu machen ist, welche in höchstem Maße jugendgemäß sind, denn damit wird in besonders großem Umfang auf die Einzelpersönlichkeit des Täters abgestellt. Mehr kann auch für das Jugendstrafrecht nicht gefordert werden.

a.) Das maßgebende Kriterium neben dem im jugendstrafrechtlichen Sinne ausfüllungsfähigen Begriff der Gewissensanspannung ist das Erfordernis der Zumutbarkeit dieser Rechtspflicht im Einzelfalle.

Dadurch, daß der Bundesgerichtshof das regulative Prinzip²⁷ der Zumutbarkeit der gehörigen Gewissensanspannung in die Verbotsirrtumsauseinandersetzung eingeführt hat, ist ein weiteres gerade für die Beurteilung jugendlicher Täter wichtiges Element gefunden, welches so genau die Berücksichtigung der speziell dem einzelnen, ganz konkreten Täter gegebenen Fähigkeiten und Eigenschaften zuläßt, daß wirklich keinerlei Bedenken bestehen können, die Anwendbarkeit und Brauchbarkeit der neuen Verbotsirrtumsgrundsätze bei jugendlichen Rechtsbrechern zu bejahen. Die Intensität der Gewissensanspannung, welche von dem einzelnen Täter verlangt werden muß, kann mittels des Begriffs der Zumutbarkeit ganz genau dosiert werden und läßt eine Berücksichtigung der besonderen Persönlichkeitsstruktur des jugendlichen Menschen durchaus zu.

Allerdings hat Engisch²⁸ darauf hingewiesen, daß die Gefahr der Verquickung der Begriffe "Zumutbarkeit" und "Erkennenkönnen" bestehe und daß der Begriff der Zumutbarkeit nicht genügend eindeutig sei, um nicht mehreren systematischen Auffassungen Raum

27) Henkel, Mezger-Festschrift S.249ff

28) "Untersuchungen ..." 1930 S.444 und neuerdings in Festschr. z. 100-jähr. Jub. d. Dt. Jur.tages, 1960 S.420

geben zu können. Diese beiden Begriffe sind in der Tat streng auseinanderzuhalten. Ausgehend von seiner dogmatisch richtigen Unterscheidung zwischen objektiv erforderlicher und subjektiv erforderlicher Sorgfalt, von denen er die erstere als Rechtswidrigkeitsmerkmal, die letztere als Verschuldensmerkmal qualifiziert,²⁹ kommt Engisch zu folgenden beiden Begriffsinhalten der Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit:

"Soweit 'Unzumutbarkeit' bedeutet, daß etwas vernünftigerweise nicht als Sorgfalt gefordert werden kann, ist sie nur ein 'regulatives Prinzip' (Henkel), um sog. Überspannungen der Sorgfaltspflicht auszuschalten und damit die Grenzen von Recht und Unrecht sinnvoll zu bestimmen. Diese Art Unzumutbarkeit betrifft unmittelbar das Solien. Soweit dagegen 'Unzumutbarkeit' bedeutet, daß die Aufwendung der an sich gebotenen Sorgfalt im konkreten Falle zu große Zumutungen an die seelische Widerstandskraft des Normadressaten stellt, so daß es diesem seelisch nur schwer möglich ist, die Anforderung zu erfüllen, handelt es sich um ein Problem des 'könnens', das nicht die Sorgfaltspflicht selbst betrifft, vielmehr die Schuldfrage. Der Mangel dieses Könnens, in gewissem Sinne ein Mangel an innerer Freiheit, begründet keinen Ausschluß des Unrechts, sondern läßt nur den Schuldvorwurf entfallen."³⁰

Im Hinblick auf den Zumutbarkeitsbegriff bei der Gewissensanspannung ergeben sich jedoch insoweit keinerlei Bedenken. Denn einerseits ist dieser Begriff hier nicht mit dem Erkennenkönnen unzulässigerweise verquickt, weil die Zumutbarkeit sich nicht unmittelbar auf die Pflicht zum Tun oder Unterlassen der Tat selbst bezieht, sondern lediglich auf die Pflicht zur gehörigen Gewissensanspannung, also den Inhalt und Umfang einer Rechtspflicht, welche mit dem Erkennenkönnen zunächst gar nichts zu tun hat. Nämlich erst, wenn die zumutbare Gewissensanspannung erfolgt ist, resultiert daraus die Frage, ob der Täter trotzdem das Unrechtmäßige seines Handelns hätte erkennen können. Dazwischen liegt also eine dogmatisch saubere und genau erkennbare Trennungslinie. Andererseits ist festzustellen, daß sich die Zumutbarkeit gehöriger Gewissensanspannung beim Verbotsirrtum sowohl nach objektiven als auch nach subjektiven Gesichtspunkten richtet so daß sich die zweifellos dogmatisch berechnigte Unterscheidung Engischs bezüglich des Zumutbarkeitsbegriffs im Strafrecht hier

29) Festschr.z.100-jähr.Jub.d.Dt.Jur.tages 1960 S.417 und Anm.40

30) Engisch, Festschr.z.100-jähr.Jub.d.Dt.Jur.tages 1960 S.420

bei dieser speziellen Verwendung des Begriffes nicht alternativ, sondern kumulativ auswirkt. Der BGH sagt:³¹ "Zweifel hat er (der Täter) durch Nachdenken oder Erkundigen zu beseitigen. Hierzu bedarf es der Anspannung des Gewissens, deren Maß sich nach den Umständen des Falles und nach dem Lebens- und Berufskreis des Einzelnen richtet. Wenn er trotz der ihm danach zuzumutenden Anspannung des Gewissens"³²

Daraus ist ersichtlich, daß die dogmatisch saubere Scheidung der Inhalte des Zumutbarkeitsbegriffs sich in praktischer Hinsicht nicht unbedingt dahin auswirken muß, daß die eine Möglichkeit die andere ausschließt, sondern beide können gleichzeitig nebeneinander stehen, ja oft sogar sich teilweise decken.³³ Das resultiert daraus, daß die Zumutbarkeit nicht nur vom persönlichen Können, sondern auch vom Sollen her bestimmt wird. "Nur die wechselseitige Inbeziehungsetzung von 'können' und 'sollen', von Widerstandskraft und Pflicht, zeigt, was im Einzelfall zumutbar ist."³⁴ Das ist ein "immanentes Strukturelement jeglicher Schuld, die niemals nur in bewußtem Normwiderspruch, sondern stets auch in der Unterlassung der Aktivierung der eigenen geistigen und seelischen Gegenkräfte besteht."³⁴

Da somit gegen die Verwendung des Zumutbarkeitsbegriffs zur Ermittlung des Inhaltes und Umfanges der Gewissensanspannung beim Verbotsirrtum keine Einwände bestehen und da gerade dieser Begriff wie kaum ein anderer die Berücksichtigung der dem Jugendlichen eigentümlichen Persönlichkeit und Psyche ermöglicht, muß festgestellt werden, daß das vom BGH gefundene Kriterium der zumutbaren Gewissensanspannung für die Abgrenzung des verschuldeten vom unverschuldeten Verbotsirrtum auch im Jugendstrafrecht anwendbar und brauchbar ist, wobei es natürlich der Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen bleiben muß, eine zu große Ausweitung, aber auch eine zu große Eingengung dieses Begriffs zu verhindern.

31) BGHSt 2,201 = JZ 52,337

32) Unterstreichung vom Verfasser!

33) Engisch selbst, Festschr.z.100-jähr.Jub.d.Dt.Jur.tages S.425

34) Kohlrausch-Lange, Komm. § 59 Anm.II 2b (S.199)

b.) Die Anforderungen an die Gewissensanspannung unterscheiden sich bei Jugendlichen und Erwachsenen nicht der Art, wohl aber dem Grade nach.

Nachdem jetzt festgestellt ist, daß der Begriff der zumutbaren Gewissensanspannung auch im Jugendstrafrecht eine brauchbare Beurteilungsgrundlage darstellt, erhebt sich die weitere Frage, ob, wenn schon nicht Unterschiede in der Art der Beurteilung gegenüber dem Erwachsenenstrafrecht bestehen, wenigstens solche in Bezug auf die Intensität der Gewissensanspannung ersichtlich und erforderlich sind:

Da es bei der Untersuchung der Frage, ob einem Menschen eine Straftat zurechenbar ist, ob er sich ihrer also schuldig gemacht hat, auf der Grundlage des heutigen modernen Schuldstrafrechts in erster Linie auf seine besonderen persönlichen Verhältnisse ankommt, also auf Erziehung, Lebenserfahrung, Beruf, Bildungsgrad, geistiges Niveau etc., ist es sicher richtig, auch dem Alter des Täters eine gewichtige Rolle in der Frage der Zurechenbarkeit einzuräumen. Auszugehen ist auf Grund der Problemstellung der vorliegenden Arbeit grundsätzlich davon, daß der zur Aburteilung kommende Jugendliche die Verantwortungsreife nach § 3 JGG hat, daß er also nach seiner gesamten Entwicklung in der Lage war, das Unrecht seiner Handlungsweise einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Jedoch darf man nicht in den Fehler verfallen zu sagen, daß ein Jugendlicher mit Bejahung der Reife in jeder strafrechtlichen Beziehung einem Erwachsenen gleichsteht. Die natürlichen Unterschiede der Menschen, sowohl unter den Erwachsenen selbst als auch unter den reifen Jugendlichen, wie auch zwischen ersteren und letzteren, sind eine Tatsache, die sich in einem Schuldstrafrecht auswirken muß. Daher sind auch die Anforderungen an die Gewissensanspannung bei einem jugendlichen Täter durchweg geringer als bei einem bereits voll und normal entwickelten erwachsenen Rechtsbrecher. Man kann von einem Jugendlichen in der Regel weit weniger verlangen, daß er sich über das Unrecht seiner Tat Gedanken macht und entstandene Zweifel durch weiteres Nachdenken oder Erkundigen zu beheben versucht. Auch der bereits im strafrechtlichen Sinn reife Jugendliche bedarf noch der Erziehung und muß erst langsam und allmählich zur Besinnung auf seine Rechtspflichten und zur Beachtung derselben hingeführt werden. "Infolge seiner beschränkten Erkenntniskraft und der noch in der Entwicklung begriffenen Wertvorstellungen bleibt

ihm die Möglichkeit der Erkenntnis, Unrecht zu tun, häufig überhaupt versenkt.³⁵ Es ist also berechtigt, bei Jugendlichen insoweit wenigstens in der Mehrheit der Fälle einen geringeren Maßstab bezüglich der Intensität der Gewissensanspannung anzulegen als bei erwachsenen Tätern.³⁶

Das ist auch der Grund, warum es bei reifen Jugendlichen regelmäßig mehr unverschuldete Verbotsirrtümer geben wird als bei Erwachsenen. Daß in der Rechtsprechung solche Fälle bisher kaum vorgekommen bzw. bekannt geworden sind, wird zum Teil daran liegen, daß in diesen Fällen die Trennung zwischen Altersreife und Vorhandensein des Unrechtsbewußtseins nicht scharf genug vorgenommen worden, sondern beides mehr oder weniger "über einen Kamm geschoren" und bereits unter § 3 JGG subsumiert worden ist.

Die Anforderungen an die Gewissensanspannung werden bei einem Jugendlichen, bei dem der Richter nur noch so gerade § 3 JGG bejaht hat, relativ gering sein, höher bei dem, der in seiner Entwicklung praktisch bereits einem Erwachsenen gleichsteht. Einen festen Schlüssel für das Maß der jeweils zu fordernden Gewissensanspannung wird man wohl nicht finden, da die Einzelpersönlichkeit des jeweiligen Täters, also der konkrete Einzelfall ausschlaggebend ist. Einige Anhaltspunkte, um mehr kann es sich dabei nicht handeln, kann man aber dennoch anführen:

Während bei einem Erwachsenen in der Regel nur eine Erkundigung und falsche Auskunft bei der zuständigen Stelle die Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums bewirkt,³⁷ wird bei einem Jugendlichen je nach den Umständen des einzelnen Falles bereits dann kein Schuldvorwurf zu machen sein, wenn er sich bei Personen seines Vertrauens, also etwa bei Eltern, Lehrern, Pfarrern oder ähnlichen Autoritäten erkundigt und eine falsche Belehrung erhalten hat. Eine unrichtige Polizeiauskunft wird z.B. bei einem Jugendlichen grundsätzlich im Gegensatz zu

35) Dallinger-Lackner a.a.O. Anm.35 zu § 3, die sich durch Einschränkungen wie "in der Regel" und "regelmäßig" eine Hintertür offen gelassen haben und damit den hier vertretenen Gedanken ebenfalls ihre Berechtigung einräumen.

36) So auch Sauer in NJW 49,290, der die Beachtlichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit "in einem der Natur des Jugendlichen gerecht werdenden Umfange" berücksichtigt wissen möchte.

37) z.B. AG Würzburg in DAR (Deutsches Autorecht) 56,162; BGHSt 5,111 (Urt.v.13.11.1953); OLG Neustadt/Weinstraße, Beschl.v.18.10.1951 in MDR 52,121

BGHSt 2,188 immer entschuldigen. Genauso wird es bei der Einholung falscher Rechtsauskünfte bei einem Rechtsanwalt sein, was bei Erwachsenen auch nicht für die gehörige Gewissensanspannung ausreicht.³⁸

Letztlich bleibt der Umfang der zu fordernden und zumutbaren Gewissensanspannung beim jugendlichen wie auch beim erwachsenen Täter eine Frage abwägender Ermessensentscheidung, wobei beim Jugendlichen nicht gar so strenge Anforderungen gestellt werden dürfen, wie das im Erwachsenenstrafrecht zu Recht von den Gerichten praktiziert wird.

3.) Die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze über die Strafmilderung beim verschuldeten Verbotsirrtum haben im Jugendstrafrecht keine wesentliche praktische Bedeutung.
Der feste Milderungsschlüssel des § 44 StGB ist bei Jugendlichen unanwendbar.

Da der verschuldete Verbotsirrtum als Schuld minderungsgrund in der Rechtsprechung anerkannt ist, begründet er die Möglichkeit einer Strafmilderung. Dieser Möglichkeit kommt deswegen im Jugendstrafrecht keine erhebliche praktische Bedeutung zu, weil dem Richter ohnehin zum Zwecke der Erziehung und Wiedereingliederung des straffällig gewordenen Jugendlichen in die Gemeinschaft der Mitmenschen die ganze Breite der Reaktionsmittel, die das Jugendgerichtsgesetz vorsieht, zur Verfügung steht. Die Straftat und die infolge dieser auf sich geladene Schuld des Jugendlichen ist grundsätzlich nur Anlaß zu gerichtlichen Erziehungsmaßnahmen (§ 5 I JGG). Schon begrifflich ist es undenkbar, daß eine Erziehungsmaßregel gemildert werden kann. Maßgebend ist nämlich dabei weniger das Schuldausmaß, sondern die Erziehungsbedürftigkeit und Erziehungsggeeignetheit des Jugendlichen.³⁹ Jedoch darf die Tatsache, daß der jugendliche Täter im Verbotsirrtum gehandelt hat, nach richtiger Ansicht⁴⁰ bei der Auswahl der jugendgerichtlichen Maßnahmen nicht unberücksichtigt bleiben. Die Tatsache nämlich, daß der Jugendliche in zwar vermeidbarem Verbotsirrtum sich nicht bewußt gegen die Rechtsordnung aufgelehnt hat, wird in aller Regel darauf schließen lassen, daß er einer Erziehung noch relativ leicht zugänglich ist und deshalb u.U. die Erziehungsmaßregel der Erteilung

38) BGHSt 3,99ff (101), Urt.v.10.7.1952

39) Jagusch in Leipz. Komm. Anm.5 zu § 3 JGG

40) Grothlein a.a.O. Anm.4b zu § 3

einer Weisung oder das Zuchtmittel der Verwarnung ausreichend ist. Wichtig ist allein, daß überhaupt mit jugendrichterlichen Reaktionsmitteln an den erziehungsbedürftigen Jugendlichen aus Anlaß einer im verschuldeten Verbotsirrtum begangenen Straftat herangegangen werden kann.

Einige Bedeutung kann die fakultative Schuldmin- derungs- bzw. Strafmilderungsmöglichkeit des vermeidbaren Verbotsirrtums bei der Jugendstrafe und gegebenenfalls auch bei den schärferen Zuchtmitteln (Jugendarrest) haben. Hier spielt das Schuldausmaß schon eine gewisse Rolle, und die Tat des Jugendlichen ist nicht lediglich Anlaß, sondern auch Grund des jugendrichterlichen Einschreitens (§ 5 II JGG spricht von Ahndung!). Besonders deutlich wird das in dem Falle, in welchem schädliche Neigungen des Jugendlichen in der Tat nicht hervorgetreten sind, aber die 2. Alternative des § 17 II JGG in Betracht kommt ("Der Richter verhängt Jugendstrafe, wenn wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist."). Hier kann diese Alternative infolge der Schuldmin- derung wegen vermeidbaren Verbotsirrtums entfallen und Jugendarrest ausreichend sein. Es beeinflußt die geminderte Schuld des Jugendlichen dabei unmittelbar die Auswahl des Reaktionsmittels. Eine wirkliche Strafmilderung wird wohl selten angebracht sein, da die Größe des Schuldvorwurfs immer nur einer von mehreren Gesichtspunkten ist, der die Bemessung der jugendstrafrechtlichen Maßnahmen maßgeblich bestimmt. Oberste Richtschnur ist auch bei der Jugendstrafe nicht das Schuldaß, sondern die Erziehungsbedürftigkeit des jungen Täters, wie aus § 18 II JGG eindeutig zu entnehmen ist.

Es muß aber festgestellt werden, daß der vom BGH für erforderlich gehaltene feste Strafmilderungsschlüssel des § 44 II + III StGB⁴¹ im Jugendstrafrecht keine Anwendung finden kann. Das ergibt sich einerseits aus dem Umstand, daß, wie bei § 17 II JGG gezeigt, im Jugendstrafrecht die Folge des vermeidbaren Verbotsirrtums, also die Schuldmin- derung, sich nicht unbedingt in einer Strafmilderung, sondern auch in anderer Art, z.B. betreffs der Auswahl des Reaktionsmittels, auswirken kann. Zum anderen stellt es § 44 II + III StGB auf die Strafrahen des Strafgesetzbuchs ab, welche im Jugendstrafrecht nicht gelten (§ 18 I 3 JGG!). Hier gibt es einen speziellen Jugendstraf- rahmen in § 18 JGG und einen besonderen Jugendarrestrahmen in § 16 JGG.

41) BGHSt 2,210f = JZ 52,339f

Es erhebt sich nunmehr zwangsläufig die dogmatisch und praktisch bedeutsame Frage, vor welcher der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 18.3.1952 auch bereits gestanden hat und die er mit der Anwendung des im Jugendstrafrecht unbrauchbaren § 44 StGB löste: Ist das Ausmaß der Strafmilderung nach unten nicht begrenzt, also ganz dem Ermessen des Richters anheimgestellt, oder ist er zumindest an den ordentlichen, vom JGG aufgestellten Strafrahen gebunden?

Diese Frage muß im letzteren Sinne beantwortet werden, und zwar weil im Jugendstrafrecht der Grad der Schuld nicht das allein Ausschlaggebende ist, sondern die Erziehungsbedürftigkeit des Jugendlichen. Zum Zwecke der Erziehung sind nun einmal gewisse Mindestzeiträume der Beeinflussung des jungen Täters unbedingt erforderlich, soll überhaupt ein Erziehungserfolg gewährleistet sein. Diese zweckgebundenen Mindeststrafen, z.B. in § 18 I 1 JGG sechs Monate, dürfen nicht aus dem Gesichtspunkt der geringeren Schuld wegen vermeidbaren Verbotsirrtums weiter herabgedrückt werden. Damit würde gerade dem Jugendlichen selbst kein Dienst erwiesen.

4.) Bei Jugendlichen ist grundsätzlich in jedem einzelnen Falle das Vorliegen des Unrechtsbewußtseins zu prüfen, nicht nur dann, wenn ein konkreter Anlaß dazu besteht.

Genauso wie beim jugendlichen Täter in § 3 JGG die Verantwortlichkeit positiv formuliert ist, was den Richter zur Prüfung dieser Frage in jedem Einzelfalle zwingt, muß man sich die Frage nach dem Vorliegen des Unrechtsbewußtseins bzw. dem Gegebensein eines Verbotsirrtums positiv gestellt denken, d.h. bei jeder einzelnen Tat muß im Urteil positiv festgestellt werden, ob der Jugendliche zur Tatzeit das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens gehabt hat oder nicht, um zu einer jugendgemäßen Anwendung der vom BGH entwickelten Grundsätze zu kommen.

Dieses Postulat ist einmal aus der Erkenntnis heraus begründet, daß Verantwortungsreife und Unrechtsbewußtsein trotz tiefgreifender Unterschiede doch auch Gemeinsames haben, insbesondere daß das Unrechtsbewußtsein die im Einzelfall erfolgte Konkretisierung der im speziellen Fall abstrakt vorhandenen Verantwortungsreife darstellt. Methodisch müssen beide insoweit gleich behandelt werden, als sie in jedem Falle geprüft werden müssen.

Ferner muß zum anderen im Auge behalten werden, daß ein Jugendlicher wegen seiner immer noch in der Weiterentwicklung befindlichen, noch nicht ausgereiften und vollkommen in die richtige Bahn gelenkten Wertvorstellungen viel leichter einem Verbotsirrtum verfallen kann als ein Erwachsener. Dieser Tatsache würde nicht im jugendgemäßen Umfange Rechnung getragen, wenn das Vorhandensein bzw. Fehlen des Unrechtsbewußtseins lediglich dann zum Gegenstand der Hauptverhandlung und des Urteils gemacht würde, wenn ein deutlicher äußerer Anhaltspunkt dazu vorhanden wäre, wie das z.B. für die Prüfung der Voraussetzungen des § 51 StGB grundsätzlich gilt.

Überdies scheint auch die Rechtsprechung in diese hier vertretene Richtung zu tendieren, denn auch der BGH verlangt sogar bei erwachsenen Tätern im Urteil die ausdrückliche Feststellung, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bei der Tat vorhanden gewesen ist oder nicht, und zwar bei unechten Unterlassungsdelikten.⁴² Das kann nur auf der Erkenntnis beruhen, daß ein Irrtum über Art, Inhalt und Umfang einer auf einer Garantenstellung gegründeten Erfolgsabwendungspflicht häufiger vorkommen wird und für den Richter auf Antrieb schwerer erkennbar ist, als ein Irrtum über ein Verbot oder Gebot selbst. Hier ist der gemeinsame Grundgedanke für die Gleichbehandlung des Verbotsirrtums eines Jugendlichen, welcher ebenfalls häufiger vorkommen wird und schwerer erkennbar ist, als der eines Erwachsenen, als weitere Rechtfertigung für obiges Postulat zu finden.

Eine weitere Überlegung spricht noch für die Forderung nach positiver Feststellung des Vorhandenseins bzw. Fehlens des Unrechtsbewußtseins beim jugendlichen Täter: Der Grundsatz "in dubio pro reo" gilt nach herrschender Ansicht auch für die Feststellung, ob der Täter sich in einem Verbotsirrtum befunden hat oder nicht.⁴³ Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz muß ganz besonders bei jugendlichen Tätern gelten, einmal weil die Feststellung des Unrechtsbewußtseins bei ihnen regelmäßig größere Schwierigkeiten bereiten wird, weil die

42) BGH, Urt.v.22.1.1953 in NJW 53,591; im Anschluß an BGHSt 2,150 (155), Urt.v.12.2.1952

43) BayObIGSt, Beschl.v.2.3.1954 in NJW 54,811; ebenso: Schäfer in Dalcke a.a.O. S. 400; Hartung in NJW 52,764; Drost in NJW 49,741; a.A.: Arndt in NJW 49,291; hiergegen wieder: Cüppers in NJW 49,292

Psyche und das Wesen der Gesamtpersönlichkeit eines noch in der Entwicklung befindlichen Jugendlichen für den Richter relativ schwer verständlich und begreifbar sind, zum anderen weil die Vermutung, daß der Täter sich nicht bewußt gegen die Rechtsordnung aufgelehnt hat, sondern mehr oder weniger in eine Unrechtstat hineingeglitten ist, beim Jugendlichen viel näher liegt als beim Erwachsenen. Genauso wie der Richter dann, wenn er sich nicht darüber im klaren ist, ob ein Jugendlicher reif ist oder nicht, die Altersreife verneinen muß, so muß er auch das Unrechtsbewußtsein bei der Tat negieren, wenn er insoweit Zweifel hat. Auch damit gewährleistet ist, daß der jugendliche Täter wirklich in den Genuß des ihn begünstigenden Grundsatzes "in dubio pro reo" kommt, was gar nicht so selten der Fall sein dürfte, muß gefordert werden, daß das Vorhandensein bzw. Fehlen des Unrechtsbewußtseins im Jugendstrafrecht positiv in jedem einzelnen Falle geprüft wird.

V.) Zusammenfassung des Ergebnisses der Arbeit:

Die beiden geschichtlichen Abrisse zu Beginn dieser Abhandlung haben verdeutlicht, wie jung noch das Institut der Verantwortungsreife und auch der Schuldaußschließungs- bzw. Schuld minderungsgrund des Fehlens des Unrechtsbewußtseins, also des Verbotsirrtums sind.

Es hat einer sehr langen Zeit bedurft, bis im deutschen Strafrecht die Notwendigkeit der Berücksichtigung des jugendlichen Alters für die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in vollem Umfange erkannt worden ist. Jahrhundertlang hatte man sich lediglich mit einer Milderung des Erwachsenenstrafrechts für Kinder und Jugendliche begnügt; erst in jüngster Zeit ist der Gedanke der Berücksichtigung der besonderen geistigen, seelischen und biologischen Persönlichkeitsstruktur des jungen Menschen, wie ihn die Reformer immer wieder und immer stärker verfochten haben, im § 3 JGG vom Jahre 1923 in

kodifikatorische Form gegossen worden und damit zur praktischen Rechtswirksamkeit erstarkt.

Der Überblick über die Entwicklung des Irrtumsproblems im deutschen Strafrecht hat gezeigt, wie auch hier sich im Laufe einer allerdings viel kürzeren Zeit ein vollständiger Umschwung in der Behandlung des Irrtums vollzogen hat. Von ursprünglich völliger Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums gingen Rechtslehre, Entwürfe, Gesetze und zuletzt schließlich auch die Rechtsprechung zum allgemeinen Strafrecht dazu über, dem Irrtum über das Verbot eines Handelns in irgendeiner Form Bedeutung beizumessen. Dabei entwickelten sich verschiedene Theorien, von denen zunächst die Vorsatztheorie den Sieg davonzutragen schien. Nach dem zweiten Weltkrieg neigten sich die Auffassungen jedoch allmählich immer mehr der Schuldtheorie zu, bis schließlich der Große Senat des Bundesgerichtshofs am 18. März 1952 sich die zu dieser Zeit im Schrifttum bereits herrschende Schuldtheorie zu eigen machte. Seitdem ist diese Theorie als die absolut vorherrschende in Rechtslehre und Rechtsprechung anzusehen, und auch der Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1960 folgt dieser Auffassung.

Im dritten Teil der Arbeit wurde das Verhältnis der neuen Erkenntnisse des BGH bezüglich des Verbotsirrtums zu § 3 JGG im einzelnen näher untersucht. Dabei wurde im Gegensatz zu einigen Autoren des Schrifttums festgestellt, daß der Schuldauusschließungs- bzw. Schuldminierungsgrund des Verbotsirrtums nicht bereits in § 3 JGG erfaßt ist, daß also mit Feststellung der Verantwortungsreife des Jugendlichen nicht gleichzeitig bereits erklärt ist, daß bei Ausführung der Tat auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorgelegen hat. Deshalb ist nach Bejahung der Altersreife in jedem Fall gesondert zu prüfen, ob ein Verbotsirrtum in Betracht kommt. Ferner wurde dargelegt, daß auch eine Analogie zu § 3 JGG oder zu den §§ 51, 55 StGB zwecks Berücksichtigung des Verbotsirrtums bei Jugendlichen nicht möglich ist.

Im vierten Teil dieser Dissertation wurde schließlich das Ergebnis des dritten Teils, daß auch im Jugendstrafrecht der

Schuldausschließungs- bzw. Schuld minderungsgrund des Verbotsirrtums selbständig neben dem Erfordernis der Verantwortungsreife steht, durch die Untersuchung der Frage vertieft, ob auch bei einem jugendlichen Täter sowohl ein unverschuldeter als auch ein verschuldeter Verbotsirrtum vorliegen kann. Als Ergebnis dieser Prüfung wurde die Erkenntnis gewonnen, daß auch beim Jugendlichen im Einzelfall potentiell, also aktualisierbares Unrechtsbewußtsein für die Schuld genügt, daß ferner die Grundsätze, welche der BGH in seinem Beschluß vom 18.3. 1952 entwickelte und in der weiteren Rechtsprechung ausbaute, grundsätzlich auch für den jugendlichen Rechtsbrecher mit der Maßgabe anwendbar sind, daß die Anforderungen an die erforderliche und zumutbare Gewissensanspannung zwar nicht der Art nach anders, wohl aber dem Grade nach geringer sind als bei erwachsenen Tätern.

Es wurde dargelegt, daß der vom BGH für erforderlich gehaltene feste Milderungsschlüssel des § 44 StGB beim verschuldeten Verbotsirrtum im Jugendstrafrecht keine Anwendung finden kann und daß überhaupt eine echte Strafmilderung bei Jugendlichen keine wesentliche praktische Bedeutung hat.

Zum Schluß wurde noch das Postulat aufgestellt, grundsätzlich in jedem einzelnen Falle das Vorliegen des Unrechtsbewußtseins bei jugendlichen Tätern zu prüfen, nicht nur dann, wenn ein konkreter Anlaß dazu besteht.

Lebenslauf:

Am 10. April 1935 wurde ich, Joachim Gilleßen, als Sohn des Diplomkaufmanns Dr. Hans Gilleßen und seiner Ehefrau Emilie Gilleßen, geb. Zimmerschied, in Berlin geboren.

Bedingt durch die Kriegsergebnisse und später durch den Beruf meines Vaters besuchte ich insgesamt sechs verschiedene Schulen. Von 1941 bis 1945 war ich Volksschüler in Leipzig, Bad-Ems und Köln. Von 1946 bis 1950 besuchte ich das "Gymnasium Kreuzgasse" zu Köln, anschließend von 1950 bis Ende 1951 das "Neue Realgymnasium" zu München. Von 1952 an war ich Schüler der "Wissenschaftlichen Oberschule für Jungen" in Hamburg-Blankenese, wo ich am 20. Februar 1956 das Abitur bestand.

Im Sommersemester 1956 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg auf. Ich studierte dort drei Semester lang, um dann mein Studium an der Ludwig-Maximilians-Universität in München zu beschließen. Nach insgesamt sieben Semestern legte ich das erste juristische Staatsexamen am 19. Januar 1960 in München mit gutem Erfolg ab.

Zur Zeit absolviere ich den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar in München.

